

“AGUA, PODER Y CONFLICTO ÉTNICO”

Legislación de Recursos Hídricos y Reconocimiento de los Derechos Indígenas en los Países Andinos:

Importancia, Obstáculos, Perspectivas, y Estrategias

Un ensayo sociopolítico

Santiago de Chile, CEPAL, enero de 2002

Autor:

*Dr. phil. Ingo Georg Gentes
El Zodiaco 9532, Vitacura
Santiago de Chile*

*Fono: 210 2252 of.
2212 2627 res.*

e-mail: igentes@eclac.cl

INDICE

Introducción, p. 5

La PARTE

- I. Los derechos indígenas sobre los recursos naturales, p. 7**
 - 1.1 El derecho de uso de los recursos naturales por los pueblos indígenas, p. 7**
 - 1.1.1 La (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales: el agua, el subsuelo, las riberas, las tierras, p. 8**
 - 1.1.2 El reconocimiento legal de los usos y costumbres indígenas en las políticas de los recursos hídricos, p. 10**
 - 1.1.3 La regularización de los derechos indígena de agua en algunos países de la región, p. 13**
 - 1.2 Los derechos indígenas a nivel nacional e internacional respecto de la protección de los recursos naturales, p. 19**
 - 1.2.1 El Convenio No. 169: hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas, p. 20**
 - 1.2.2 La emergencia de los pueblos indígenas en la Declaración de 1994, p. 22**
 - 1.2.3 Los cambios constitucionales: del Estado napoleónico al Estado multiétnico y pluricultural en los países andinos, p. 26**
 - 1.2.4 Esperando el reverso del derecho: las legislaciones nacionales en América Latina, p. 29**
 - 1.2.5 La tendencia de los derechos indígenas de uso de aguas prioritarios o exclusivos en otras regiones, p. 31**
 - 1.2.6 El derecho consuetudinario indígena: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas y los derechos sobre el agua, p. 35**
- II. La normatividad de la ley con respecto a los recursos hídricos y la exclusión social de la experiencia comunitaria-indígena, p. 37**
 - 2.1 Elementos fundamentales de una normativa con respecto a los recursos hídricos, p. 38**
 - 2.1.1 La propiedad de Agua, ¿quién la domina realmente?, p. 40**
 - 2.1.2 Control y intervención estatal en la concesión, regulación y uso del agua, p. 41**
 - 2.1.3 La participación de los usuarios en la regulación de la gestión de aguas, p. 45**
 - 2.1.4 La equidad, flexibilidad y sustentabilidad de la gestión del agua, p. 48**
 - 2.2 Las esferas de la justicia y equidad en la protección de los derechos indígenas sobre los recursos naturales, p. 49**
 - 2.2.1 Algunas consideraciones sobre democracia y pluralismo legal: un debate entre sistemas de normas y construcciones sociales, p. 50**
 - 2.2.2 ¿Un derecho de agua individual o un derecho comunitario colectivo de agua?, p. 52**
 - 2.2.3 La historia, organización social y cosmovisión como base del derecho indígena, p. 53**
- III. Los desafíos político-legales en materia de protección de los derechos de aguas de las comunidades indígena-campesinas, p. 55**
 - 3.1 Problemas de la incorporación de los derechos derivados de usos consuetudinarios de agua en materias de la políticas públicas, p. 56**
 - 3.1.1 La complejidad del derecho de aguas en las comunidades indígena-campesinas, p. 58**
 - 3.1.2 El derecho en la gestión indígena-campesina del agua, p. 60**
 - 3.1.3 Riego y distribución de agua en las comunidades indígenas andinas, p. 62**
 - 3.1.4 El agua como parte del hábitat y los derechos consuetudinarios in situ, p. 64**
 - 3.2 Esferas de conflicto: entre comunidades indígenas, Estado, empresas, y particulares, p. 65**
 - 3.2.1 Minería y Comunidades Indígenas en las cuencas andinas, p. 66**
 - 3.2.2 Falta de eficientes normas y políticas ambientales, p. 69**
 - 3.2.3 Puntos de consideración en la creación de un derecho de agua exclusivo o prioritario, p.70**
 - 3.3 Algunas indicaciones para las futuras políticas públicas en torno a la preservación de los derechos de agua de los pueblos indígenas, p. 74**
 - 3.3.1 Fortalecimiento de las organizaciones de usuarios indígena-campesinas, p. 75**
 - 3.3.2 Las nuevas propuestas de leyes de agua en la región, en su aporte al derecho y uso indígena de los recursos hídricos, p. 78**
 - 3.3.3 Vías de reconciliación entre derecho consuetudinario indígena y principios modernos de la gestión del agua, p. 87**

Ila PARTE: El caso chileno, p. 91

4. La legislación oficial chilena sobre los recursos hídricos y los marcos consuetudinarios de la gestión integral de recursos hídricos, p. 92
5. La codificación del agua en la segunda mitad del siglo XX, p. 93
6. Análisis crítico de la legislación de agua en Chile, p. 102
7. Marco regulatorio de los recursos hídricos y el medio ambiente, p. 105
8. Derechos de aprovechamiento de agua y minería en el Norte Grande, p. 111
9. La Ley indígena de 1993 y la protección de los derechos indígenas al agua, p. 113
 - 9.1 La regularización de los derechos indígenas al agua en Chile, p. 114
 - 9.2 Condiciones para el reconocimiento de los derechos indígenas agua en la legislación, p. 116
10. Breve reseña de la realidad territorial de las comunidades indígenas de la I y II región, p. 119
11. Las comunidades indígenas y su derecho al agua, p. 122
 - 11.1 Estrategias jurídicas alternativas para reconocer los derechos indígenas al agua, p. 124
 - 11.2 Evaluación crítica del Código de Aguas chileno con respecto al derecho indígena, p. 128

A modo de conclusión:

Status quo e interrogantes para la elaboración de un catastro del reconocimiento de los derecho y los usos y costumbres indígenas consuetudinarios de agua, p. 132

Bibliografía, p. 139

ANEXO : Programa movilizador del agua para un mundo responsable y solidario y para un buen gobierno del agua, p. 150

"El hombre occidental no puede entender que al arrogarse el derecho de separar radicalmente a los humanos de los animales, al conceder a unos todo lo que niega a los otros, inaugura un ciclo maldito, y que la misma frontera, en permanente retroceso, servirá para separar a unos humanos de otros, para reivindicar en beneficio de minorías cada vez más restringidas el privilegio de un humanismo corrompido desde su nacimiento, por haber tomado su principio y su noción del amor propio (...) La única esperanza que nos queda de no ser tratados como bestias por nuestros semejantes, consiste en que todos, cada cual en primer término, nos pongamos en el lugar de los seres sufrientes."

Claude Lévi-Strauss

"Las leyes no son necesariamente correctas o moralmente neutras, sino que pueden ser malas o buenas, justas o injustas"

David Lyons

"El agua es el último depositario de todas las malas acciones del hombre. Todos los desechos que produce se encuentran allí al final. Cuanto más daño comete una sociedad a su agua, más insensible e indiferente se vuelve ésta, más degradados aparecen sus afluentes, ríos y lagos."

Anil Agarwal

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 su uso integrado, que incluye los aspectos económicos, sociales y ambientales, constituye un hecho muy reciente. En el Foro Mundial del Agua llevado a cabo en La Haya en marzo de 2000, se dedicó una sesión especial al tema del "Agua y los Pueblos Indígenas", en la cual se concluyó que:

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

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

"fuertes medidas deberían ser tomadas para permitir a los pueblos indígenas y tribales a participar y compartir más específicamente sus experiencias, conocimientos y preocupaciones específicas en la visión global del agua y el marco de acción."³

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

¹ Entendemos el término "pueblo indígena" en el presente documento o como colectividades originarias, o de reciente construcción –como resultado de la colonización incaica o española, que han trasladado gran parte de la población a sitios ajenos de sus lugares de origen- conformadas por comunidades o centros con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad nacional, regidos por sistemas propios de organización social, económica, política y legal.

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

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

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

³ Ibid.

indígenas y a la gestión de los recursos hídricos. Incluso en aquellos casos en que se toman en cuenta las regulaciones de las comunidades indígena-campesinas⁴ locales para gestionar sus sistemas de agua, estos generalmente sólo se tratan de intenciones más bien estratégicas, ya que lo que proponen las políticas públicas según algunas organizaciones indígenas, es institucionalizarlas y tratarlas como cuerpos sociales estáticos, lo que no corresponde a las realidades y costumbres diarias de las comunidades andinas (Toledo Llancaqueo, 1996).

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

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

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

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

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.

El presente libro pretende definir y aclarar las bases jurídicas y culturales de la gestión del agua y del derecho indígena positivo y consuetudinario. En este sentido, es un documento básico de discusión que tiene los siguientes objetivos: primero, se propone contribuir al entendimiento de los derechos indígenas y a su necesario reconocimiento e identificación; segundo, se estima conveniente sensibilizar a quienes toman decisiones relacionadas con cambios políticos y legales en materia de agua y derecho indígena; y, tercero, se espera poder concretar el reconocimiento de las normas indígenas de usos, derechos, costumbres y gestión del agua en las respectivas legislaciones nacionales.

I. Los derechos indígenas sobre los recursos naturales

En el primer capítulo trataremos de resumir y sintetizar en dos párrafos sistemáticos la problemática sobre el derecho de uso y manejo de los recursos naturales visto por los pueblos indígenas. La situación actual, que carece de una protección real de los usos y costumbres en cuanto al acceso a los recursos naturales será delineada y criticada, principalmente el problema de la insuficiente legislación y administración sobre la conservación y protección del subsuelo y las aguas subterráneas. Asumimos una visión en favor de una moderna gestión integrada de recursos hídricos y del medio ambiente, fusión que pretende lograr la armonización de tres conflictos: sociales, ambientales y económicos.

En lo que sigue, estableceremos una definición interpretativa de los términos "usos" y "costumbres" indígenas en vista de su necesario reconocimiento legal en todas las leyes respecto del agua. Finalmente, a modo de ejemplo, demostraremos en la práctica como se regularizan los derechos indígenas consuetudinarios de agua, cuales son las mayores ventajas y los problemas más intrínsecos que enfrentan la administración y los consultores jurídicos a cargo.

En la segunda parte entraremos a *medias res*, es decir, analizaremos tanto la discusión nacional como internacional acerca de los derechos indígenas, con un fuerte énfasis en los temas del derecho a la territorialidad y los recursos naturales. Serán analizados de manera sintética el Convenio 169 de las Naciones Unidas, la Declaración de 1994, las últimas modificaciones en las legislaciones nacionales e internacionales que sirvan de insumos para abordar el término complejo para los países andinos de un "derecho consuetudinario indígena", elemento central en los debates siguientes.

1.1 El derecho de uso de los recursos naturales por los pueblos indígenas

Los elementos que forman parte integral de la estrategia cotidiana de subsistencia de las comunidades indígenas son la propiedad colectiva y el parentesco. Las ventajas de un sistema de propiedad común para el uso de los recursos hídricos son varias. En general, las culturas indígenas identifican ciertos tipos de recursos cuyas características hacen que el tipo de propiedad común sea el régimen más adecuado para su manejo⁵:

- a) bienes indivisibles, como el recurso de la biodiversidad, y actividades tales como la protección de cuencas⁶ son, por un lado mejor manejados a escala de la gestión integral

⁶ En la actualidad, muchas propuestas legales, políticas e institucionales -gubernamentales o no- en los países andinos mencionan la importancia de trabajar con el enfoque de la gestión concertada en el ámbito de las cuencas hidrográficas. Generalmente tienen pretensiones que no se limitan a la gestión multisectorial del agua sino involucran a otros recursos y actividades. Sin embargo, como dan cuenta varias publicaciones de la CEPAL, hay actualmente muy pocos casos en los Andes en que se concretizaron verdaderas plataformas de gestión democrática y multisectorial, ni muchos menos niveles que integren las experiencias de las

de cuenca en vez de a escala del recurso dividido; por otro lado también se ha afirmado que los bienes comunes son los más vulnerables, como enseña el ejemplo de las islas Solomon (véase Ben, 1979); y de Papa, Nueva Guinea, con un notable mal uso de sus florestas;

- b) recursos naturales como el agua, si bien es cierto no es un recurso de libre uso en las comunidades indígenas, están sometidos a controles y restricciones socioculturales; en general muchos grupos indígenas permiten que ciertos recursos (también el agua con los limitantes descritos) sean utilizados en un área extensa, de manera de asegurar las posibilidades de obtenerlos en cualquier momento del año.

De acuerdo a esto último, parece evidente que los valores, creencias y rituales son un elemento clave de las estrategias tradicionales de subsistencia y de construcción de etnicidad. Constituyen un sistema de reglas y una ética común –no necesariamente igualitario o equitativo– del uso de los recursos naturales. El uso y la conservación se convierten en muchas comunidades indígenas en una relación entre los hombres y los seres, lo que incluye que se debe practicar la disciplina en el uso de los recursos naturales. Procedimientos rituales, aunque de expresión híbrida⁷, son un componente esencial para mediar en los conflictos entre los humanos y otras criaturas (Tresierra 2000:7).

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

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

Parece que hubiera un factor en común en la demanda de la territorialidad de los pueblos indígenas andinos: la propiedad de la "tierra" no otorga derechos sobre el subsuelo del predio, ni sobre las aguas (subterráneas), ni las riberas, ni las especies que en ella residen (Toledo Llancaqueo, 1996; Gelles, 1998, Sierra, 2001). Entre los pueblos indígenas del continente, éste es un hecho reconocido y obvio. Resulta siempre una sorpresa triste para los campesinos indígenas enterarse de que se han constituido pertenencias mineras o se han

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).

⁷ Por una parte, las nuevas identidades, en los países donde hay un creciente menoscabo de la identidad nacional, son identidades nómades, desterritorializadas, fragmentadas, híbridas o también identidades locales (véase García Canclini 1992). Se trata de voces e identidades que se afirman en la crisis que viene experimentando la nación como contenedora social y cultural. En el caso de los pueblos indígenas, la incorporación o la pretendida asimilación de su identidad cultural por parte de la nación causó la manifestación de una fuerte identidad híbrida indígena a nivel grupal, familiar y comunitario que, en parte, logró sustituir el déficit de espesor cultural étnico que existe a nivel de la nación. En este sentido coexisten tanto mecanismos de inclusión/asimilación que de exclusión/discriminación indígena en el marco de las construcciones normativas y valóricas de las naciones latinoamericanas.

inscrito las aguas a nombre de terceros en "su tierra ancestral". Las consecuencias de esta situación de desprotección de derechos *de facto* son graves no solamente en términos culturales, sino también en términos ambientales y económicos. Ahora bien, justamente por eso hay demandas indígenas y campesinas que buscan una alternativa a la demanda absoluta de la territorialidad que se ve muy compleja desde un punto de vista político.

Es evidente, que la **territorialidad**, clave de la supervivencia y la política indígena, no es un derecho a realizar en el vacío, ni se limita a aspectos puramente simbólicos: la tierra y sus recursos son su soporte material (Toledo Llancaqueo, 1996). En las últimas décadas, ante el empuje de las políticas neoliberales, aumentan 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 reducen o anulan el control efectivo que las comunidades indígenas pueden tener sobre sus aguas.

A la vez, sin descuidar la estrategia jurídica mayor -el reconocimiento constitucional- los pueblos indígenas chilenos usan, por ejemplo, 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 del reconocimiento 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 forma 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". Por una parte, aún existe, en varios casos, una contraposición elemental entre el concepto indígena de tierra, que engloba todos los recursos -suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques y praderas-, y el concepto jurídico que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. Esto, por otra parte, es una característica del derecho general de la región, y no una discriminación específica.

En suma, cuando se habla de defensa y reconocimiento estructural de los derechos indígenas sobre estos recursos, es imprescindible distinguir entre el reclamo de **dominio**, y la exigencia de cláusulas especiales que regulen las **concesiones de uso o aprovechamiento** de recursos en ámbitos indígenas. Al respecto, en el movimiento indígena chileno por ejemplo, se han planteado ambas posiciones⁸:

- a) La primera posición reclama el dominio indígena sobre todos los recursos de los territorios indígenas: suelo, subsuelo, riberas, agua, bosques, cualquiera sea el régimen actual bajo el cual éstos se encuentren (dominio estatal, público o privado no indígena). El fundamento de esta postura es que los pueblos indígenas y sus derechos territoriales

⁸ 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).

son anteriores a la formación de los Estados-nacionales⁹; por lo tanto, las propuestas jurídicas pasan por una nueva constitución estatal plurinacional que reconozca esos derechos originarios.

- b) La otra posición puede aceptar o no el dominio estatal o la condición de bien público de lagunas y recursos, asumiendo que es improbable cambiar ese *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, y 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.

1.1.2 El reconocimiento legal de los usos y costumbres indígenas en las políticas de los recursos hídricos

Las Constituciones Políticas de los países andinos forman parte de una lógica inclusoria, es decir, consideran que los recursos naturales son del Estado y como el Estado representa a toda la sociedad, los recursos naturales son para el beneficio de todos. Pero resulta que este beneficio no llega a todos de la misma manera. Tampoco es casual, como plantea Crespo (2001), que se haya incluido el agua a nivel del Banco Mundial y gran partes de las cooperaciones internacionales, como indicador de pobreza. Estas instituciones suelen dar énfasis en el hecho de que el agua sea tratada como un bien económico, pretendiendo que es la manera más eficaz para luchar eficientemente contra la penuria escasez y el acelerado incremento en su valor¹⁰ Sostienen que el agua se ha tornado cara y lo será aún más en el futuro, lo que la convertirá en el "oro azul" (Petrella 2001) del siglo XXI.

De acuerdo con una primera visión del *Global Water Partnership* (GWP)¹¹, la fijación de un precio de mercado para el costo total de las prestaciones proporcionadas (el

⁹Entendemos 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 élite (europea) que, a partir de la territorialización del poder, como discurso ideológico de integración, y como parámetro para la organización de la educación y de la cultura, se generalizó en forma de Estado-nación como forma jurídica. Los pueblos indígenas en América Latina nunca han formado parte ni del proyecto de construir la nación, ni del discurso ideológico del Estado en los términos planteados por Benedict Anderson: como parte de una sociedad imaginada (véase Anderson 1993.)

¹⁰ 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).

¹¹ En la conferencia de Dublín, la comunidad internacional adoptó cuatro principios, que formaron una base universal para todos los involucrados, en su búsqueda por una gestión sostenible del agua. El agua es un recurso finito y vulnerable, esencial para la vida, el desarrollo y el medio ambiente, así el primer principio con que concluyó la Conferencia de Dublín en 1992, en la búsqueda mundial por una gestión sostenible del agua. Segundo, el desarrollo del recurso hídrico y su gestión deben basarse en enfoques participativos, que involucren a los usuarios, planificadores y a los que estructuran las políticas, en todos los niveles. En este sentido, la mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua. Y, finalmente, se dejó constancia en Dublín, que el agua tiene un valor económico en todos sus usos competitivos y debería reconocerse como un bien económico.

supuesto "precio justo") podrá garantizar el equilibrio entre la oferta y una demanda en el contexto de fuerte crecimiento, así como limitar los conflictos entre campesinos y habitantes de las ciudades, agricultores e industriales, ecologistas y consumidores responsables, regiones "ricas y "pobres", o entre Estados pertenecientes a las mismas cuencas hidrográficas. Es justamente esta visión la que opina que exportar y comercializar el agua, aun a grandes distancias, de acuerdo a las reglas del libre comercio y en el marco de la libre competencia, permitiría no sólo obtener (muchas) ganancias, sino asimismo eliminar los conflictos. Esta visión no considera que un precio justo –para las comunidades indígena-campesinas- no es necesariamente el precio del mercado, lo que pueda acelerar aun más los conflictos en las regiones y comunidades remotas en los Andes, incluso puede impedir, por ejemplo, en gran parte la autogestión exitosa de los sistemas de riego en los Andes (véase Beccar, y.o., 2001).

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

En los tratados que de alguna manera estudian el derecho indígena se ha buscado entender, describir y calificar sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad utiliza categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica. En este esfuerzo se han empleado varios términos. El más común es el término del "derecho consuetudinario" o más concreto del "derecho consuetudinario indígena"¹². Sin embargo, en la mayoría de las propuestas de reforma constitucional que hicieron los pueblos indígenas se habla solamente de "derecho indígena"¹³. Existen mínimamente dos términos que, en cuanto a la discusión de la gestión y manejo de agua deberíamos definir de alguna manera: "usos y costumbres", "usos y concepciones", en cuanto son formas culturales de consenso y resolución de conflictos.

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

No hay duda que en países pluriculturales, como son los países andinos, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo

¹² 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).

¹³ Interpretándolo como el conjunto de normas y leyes tradicionales que regulan la vigencia y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas.

social, ha dado lugar a un modelo de "Estado excluyente". En este modelo, la institucionalidad jurídico-político no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa.

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

La costumbre: Este término alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La doctrina vigente distingue tres tipos de **costumbres** con 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 castigada¹⁴.

La utilización del término compuesto **usos y costumbres** tiene una raíz del derecho romano. Durante el proceso colonial en América Latina se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la "ley divina y natural" y si eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas, y eran incapaces de autogobernarse. Las leyes toledanas concluyeron lo segundo para poder justificar la guerra contra los indios, los "justos títulos de la Corona" y la legitimidad de la imposición colonial en Las Indias. Por ello, sólo se permitieron los **usos y costumbres** indígenas que no violasen la "ley divina y natural", no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios, pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español¹⁵. En la actualidad se sigue utilizando el término, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico, sino que se les da un estatuto inferior (Yrigoyen, 2000).

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

¹⁴ 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).

¹⁵ Concordamos, no obstante, que en sus principios, la política colonial española, especialmente bajo el mandato del virrey Francisco de Toledo (1569-1580) trató de garantizar la capacidad de autogobierno de las sociedades andinas. La concepción toledana de aceptar una *indirect rule* sólo fue posible cuando se reconoció la vigencia de las estructuras políticas y sociales de los indígenas. En el caso del derecho de aguas específicamente habían esquemas de un parcial reconocimiento del derecho indígena y un parcial otorgamiento de dominio (indígena) –no propiedad- sobre la gestión de los recursos hídricos. Sólo en consonancia con esta visión, la corona podía expandir, por ejemplo, la siguiente Real Cédula en 1536: "...Ordenamos que la misma orden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de las aguas, se guarde y practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer sean regadas..." (véase Recopilación de las Leyes de Indias, 1680, libro IV, Título XVII, ley 11).

término para situaciones de coexistencia del derecho estatal con sistemas indígenas o populares, calificando a los segundos como meros **usos y convenciones**, al decir que no habían llegado a institucionalizarse como el derecho estatal. Esta es una perspectiva que no respeta el marco en el que fue creado el concepto.

Tal como veremos más adelante, existe en parte una tendencia a normar los **usos y costumbres** indígenas según la visión monista de la ley, y en parte se hace el intento de crear un marco normativo nuevo e independiente, paralelo al sistema legal establecido, que entregue a los pueblos y comunidades indígenas un personería jurídica en igualdad de derecho al concepto jurídico positivo¹⁶.

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

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

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

Es evidente que pueblos indígenas andinos son grupos sociales vulnerables a las fuerzas del mercado. No debería ser difícil comprender que los aspectos de un mercado de derechos de aguas "libre" (de control), privado, individual y no frenado repela a la organización colectivista y comunitaria de las comunidades indígenas a lo largo de América Latina. Para las comunidades andinas las aguas, por ejemplo, son de las tierras que se riegan con ellas, lo que conforma una unidad territorial indivisible que es de propiedad corporativa de cada comunidad o familia indígena¹⁷.

¹⁶ En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Y siguiendo a Rawls (1993) –que a pesar de que desconoce la construcción social de verdades por distintas culturas- manifiesta con razón que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por tanto, "en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de interés sociales" (ibis., 1993:17).

¹⁷ Sin embargo, la praxis mercantil continúa minando el ideal del control comunitario y familiar de los recursos, haciendo posible también para individuos indígenas la apropiación privada de tierras y aguas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Otro punto esencial es el reconocimiento de legitimación sustancial a miembros del público que garantiza la Constitución brasileña. En este sentido, los indígenas, sus comunidades y organizaciones tienen legitimación sustancial activa para la defensa de sus

intereses garantizada por la Constitución, con intervención conjunta del Ministerio Público (art. 232).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) se formarían organizaciones de usuarios o comunidades de agua que se limitan a administrar obras de regadío, pero que nada tienen que ver con la propiedad de los derechos de agua. Estos pertenecerían, en forma individual, a cada comunero, quien podría enajenarlo o gravarlo a su arbitrio; usar las aguas en lo que estimara conveniente o simplemente no usarlas; o bien trasladar el ejercicio del derecho fuera de la comunidad; todo ello con absoluta prescindencia del resto de la comunidad;
- b) se construirían comunidades de agua entre los usuarios de un mismo canal, o sea, existirían tantas comunidades como canales hubiere. Una situación compleja y conflictiva, ya que se crearían al interior de las mismas comunidades otras organizaciones, independientes unas de otras, cuya única razón de existir fuera el hecho que dos o más personas reciban aguas a través de un mismo canal;

deducción, debe llegarse a la conclusión de que son las aguas que pueden ser utilizadas por los indígenas y sus comunidades cumpliéndose los requisitos que la ley señala en los artículos que hacen referencia a ella y que no violen las disposiciones del Código de Aguas de 1981 (Parsons Alvarez, 2001)

¹⁹ En la legislación nacional chilena, especialmente en el Código de Aguas y la Ley Indígena, existe una marcada debilidad en la protección de los derechos hídricos de los pueblos indígenas. Incluso en zonas de mayor densidad de población indígena, como la IX región, las aguas indígenas han estado desprotegidas y la posibilidad de acceder a ellas en forma permanente y continua hoy es casi nula. Asimismo, llama la atención que la Ley de Bases del Medioambiente chilena no obligue a los proyectos de plantaciones forestales a estudios de impacto ambiental, estimando sus posibles efectos también en zonas de mayor población indígena, no sólo al momento de la plantación o la cosecha sino también durante el crecimiento y madurez de las plantaciones, momento en que existe mayor demanda de agua. Como consecuencia, algunas exigencias de la CONAF van en la dirección de estatuir en una nueva versión del Código de Aguas un **Mínimo Hídrico Cultural** (Díaz Gacitúa y Elgueta Riquelme, 2001), o sea, según los autores, definir una cantidad suficiente de agua cuyo uso 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.

c) dentro de las comunidades de agua, cada comunero tendría derecho a un voto por cada acción que poseyera. La asignación de estas acciones depende, de acuerdo a la ley, del volumen de agua que corresponde a cada usuario en el caudal común, de manera que mientras más agua se puede extraer corresponde un mayor número de acciones y, consecuentemente, tiene más votos y mayor poder de decisión dentro de la organización.

Todos estos puntos, si bien ya son casi inmanejables desde un punto de vista de la gestión equitativa del agua y la sostenibilidad del ecosistema, son inconcebibles desde un punto de vista de la territorialidad, la propiedad colectiva y comunitaria y la cosmovisión de los pueblos andinos.

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

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

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

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

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

El Decreto 2663/94 establece las condiciones y procedimientos para clarificar títulos y delimitaciones de resguardos indígenas y comunidades negras. A la vez, el

Decreto 2164/95 estatuye que los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y son imprescindibles, inalienables e inembargables (art. 63). No obstante, contiene una norma curiosa:

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

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

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

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

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

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

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

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

El decreto que reforma los artículos 1º, 2º, 4º, 18º y 115º de la Constitución de los Estados Mexicanos del 25 de abril del 2001 establece en su art. 2º, parr. A, entre otros, que la Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para “...conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos por la Constitución, ... y acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute

preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley”²⁰.

1.2 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 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

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, párr.). Y, dentro de sus tierras, y territorios “... el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa. Las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los municipios que reconozcan su pertenencia a un pueblo indígena tendrán la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones” (art. 115, párr. IX).

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

en términos negativos (lo que no se debe negar). Tercero, no reconoce derechos a las minorías como tales, sino a las **personas que pertenecen a las mismas**, en circunstancias que los grupos indígenas insisten en el reconocimiento de sus derechos colectivos como **pueblos**.

No obstante tales insuficiencias, esta disposición ha sido objeto de un seguimiento no 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, y 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 (OIT) 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 de 1957 (núm. 107), y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989 (núm. 169). Aun cuando, al haber sido revisado, el Convenio 107 está cerrado a 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 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 violadoras 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 eje de estas normas lo constituye hoy en día el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 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.

1.2.1 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 un detrimento. El Convenio No. 169, en ese sentido, es una revisión parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, de 1957 (núm. 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 existentes 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 de darle mayor prestigio y poder al uso del derecho consuetudinario o derecho indígena propiamente tal. Junto con la enajenación de las tierras ancestrales, una de las agresiones mayores que enfrentan los pueblos indígenas es la explotación incondicional de sus recursos naturales, 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. En particular, han sido las comunidades selváticas que más han sufrido esta agresión no compensada, 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, hubo un cambio en la opinión pública, y se asiste a una saludable reacción a escala (inter)nacional²¹.

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 consultará a los

²¹ Sobre este tema conviene recordar las disposiciones del Convenio NO. 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."

indígenas; con el agregado de que *siempre que sea posible*²² 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).

1.2.2 La emergencia de los pueblos indígenas en la Declaración de 1994

Hace seis años un Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas elaboró un proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²³. El día 26 de agosto de 1994 fue aprobada en su primer trámite la Declaración de los Pueblos Indígenas. La Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías la aprobó por unanimidad, enviándola a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para que la estudiase.

Esta Declaración, que es la primera que establece un conjunto de derechos de los pueblos indígenas del mundo, tiene 45 artículos y se refiere a numerosos temas de gran relevancia tales como el autogobierno, las tierras y territorios, la cultura, en fin la vida de los pueblos indígenas. Tiene un preámbulo que señala los principios en los que se basa el articulado.

La Declaración en su artículo primero señala que: "Los pueblos indígenas tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas." La declaración no reconoce solamente los derechos de los indígenas en forma individual, como personas, como organizaciones, como comunidades, sino también como pueblos. Esto significa reconocer una unidad histórica, una sociedad que tiene sus características particulares, tales como lengua, cultura, religión, **recursos**, patrimonio, y otros.

En el artículo segundo se establece la igualdad de los pueblos indígenas con todos los pueblos de la tierra. No hay pueblos, se señala, de primera ni de segunda clase. Es un

²² Apenas parece necesario añadir que el enfoque con que abordemos esta cuestión tiene un impacto importante 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 (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.

²³ La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de la Comisión de Derechos Humanos, conocida también como la Subcomisión de Derechos Humanos, se creó por resolución 2XXXIV de 8 de septiembre de 1981 y fue respaldado por la Comisión de Derechos Humanos el día 10 de marzo de 1982. Sobre sus objetivos y discusiones véase Bengoa (2000).

principio clave que adopta la Declaración, la igualdad de todos los pueblos de la tierra. En el preámbulo que antecede al artículo resalta: "que los pueblos indígenas son iguales a los demás pueblos", que les asiste "el derecho de todos los pueblos a ser diferentes", y que "todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas (...) son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas". Éste es el fundamento teórico y político de la Declaración. Cualquier discriminación en contra de los pueblos indígenas señalando que son inferiores, que no tienen derechos como los demás pueblos, sería considerada una forma abierta de racismo. Es sin duda que en este punto existe claridad conceptual, ya que es y ha sido el fundamento de todos los sistemas de dominación a lo largo de la historia: pueblos que se autodefinen como poseedores de todos los derechos, y pueblos por lo general dominados, a los que no se les reconoce ninguno de los derechos o solamente derechos individuales a las personas, simplemente derechos parciales.

De estos principios se deduce en forma lógica el artículo más controvertido del texto:

"Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural²⁴. El concepto ha sido cuidadosamente trabajado por la Declaración y no es comprendido como secesión territorial del Estado, o derecho a la independencia territorial. Como bien es sabido, la libre determinación es un concepto dinámico y se ejerce de muy diversas maneras en el mundo²⁵. En este caso se trata de una autonomía funcional y territorial. Es por ello que el artículo 31 especifica el concepto de 'autonomía relativa'²⁶. Dice: como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, se reconoce el derecho a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular su cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, etc....(cit. Por Bengoa, 2000)."

La discusión de fondo es si existe o no una distinción conceptual fundamental entre **etnia** y **nación** (Gentes, 2000). La teoría antropológica señala que hay una diversidad de **pueblos** o **sociedades** en la historia humana. Algunas de ellas son etnias otras, por razones histórico-políticas, son naciones. Si no se realiza esta distinción entre etnia y nación, no es posible establecer un marco comprensivo a los fenómenos de las minorías, o a los pueblos indígenas, que hoy día constituyen una de las preocupaciones más importantes del mundo. En términos estrictamente jurídicos, el carácter nacional conlleva el de territorialidad independiente. La cuestión nacional se distingue de la cuestión étnica porque la primera plantea el problema de la independencia territorial²⁷ como cuestión central. Si no se

²⁴ Artículo tercero de la Declaración. La libre determinación es definida en el preámbulo como el "derecho a determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y pleno respeto". El derecho a la libre determinación no es visto en la Declaración como un elemento de beligerancia sino, por el contrario, como la posibilidad de lograr la coexistencia pacífica, la mutua cooperación y el respeto mutuo, elementos centrales para el ejercicio de los derechos.

²⁵ El derecho a la libre determinación en su versión más tradicional es el que asiste a los habitantes de un territorio autónomo ocupado por otro gobierno, país, nación o Estado, en que el ejercicio de la libre determinación implica la constitución de un estado propio. En este caso se habla de descolonización e independencia, si el Estado no está constituido, o si los territorios están militarmente ocupados. Hay formas de ejercitar la autodeterminación a través del federalismo.

²⁶ La ubicación separada del artículo tercero que reconoce la libre determinación y del 31, al final de la Declaración, que la especifica, es de difícil comprensión y sólo explicable por la larga negociación que implicó el borrador de Declaración. Habían sectores indígenas radicales que no aceptaban esa especificación, mientras que para otros era una necesidad producto de un mínimo realismo. Bengoa (2000:285) comenta que habían sectores que han concordado desde siempre con el fondo del artículo 31. Para algunos, este artículo debería transformarse en el artículo 4 y de ese modo se resolverían buena parte de los problemas hoy día existentes para la aprobación de esta Declaración.

²⁷ Es el caso, por ejemplo de los territorios palestinos ocupados por Israel, o el caso de Puerto Rico que pertenece a Estados Unidos, y, en general, casos de abierto carácter nacional colonial.

distinguiéndose con claridad conceptual la diferencia entre **etnia** y **nación** estaríamos ante una situación absolutamente anárquica en las relaciones internacionales.

Cualquier grupo humano adquiriendo conciencia e identidad de sí mismo, declarándose minoría o pueblo indígena, plantearía sus derechos a la secesión territorial, a la constitución de un Estado independiente. Una visión de esta naturaleza establecería un horizonte de conflictos inmanejables en el futuro próximo de la humanidad²⁸.

La distinción entre la cuestión indígena y la cuestión nacional, esto es entre **etnia** y **nación** es fundamental para el buen manejo de estos asuntos y, en especial, para posibilitar el desarrollo armonioso de los pueblos indígenas. La cuestión nacional es una de las formas del ejercicio de la libre determinación y lleva consigo en forma intrínseca la necesidad de construir un Estado independiente y un territorio autónomo. La cuestión nacional dice relación con los procesos de descolonización e independencia. La cuestión indígena, en cambio, dice relación con la **autonomía**. El concepto de autonomía adoptado por la declaración cuestiona, sin duda, el concepto tradicional que constituyó a los Estados nacionales, ya que consagra la posibilidad de existencia de Estados pluriétnicos, esto es, que tengan en su interior múltiples pueblos reconocidos como tales²⁹.

Las fortalezas, al menos a nivel internacional, en materia de reconocimiento del derecho de tierras y territorios, se manifiestan explícitamente en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, puesto que:

"... los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, **las aguas**, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y gestión de recursos, y el derecho a que los estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos."³⁰

El Borrador retoma la exigencia de movimientos indígenas y muestra, una vez más, mayor preocupación por el control y la conservación de todos los recursos del subsuelo, como demuestra el artículo 30:

"Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos en particular el derecho exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, **hídricos** o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se otorgará una indemnización justa y equitativa para esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual."

Si bien en materia de recursos naturales estos instrumentos no son completos, resulta provechosa la discusión de los mismos como parte del proceso de construcción

²⁸ Lo ocurrido con el desmembramiento de Yugoslavia y la Unión Soviética muestra la relatividad de estos conceptos. La Organización de las Naciones Unidas se apresuró en reconocer a los "países", "naciones", "Estados" que surgieron de estas rupturas histórico-políticas, sin realizar ningún tipo de procedimiento, análisis o postulación al sistema, es decir un estudio aplicado. Es por ello que si bien es cierto corresponde hacer una distinción entre etnia y nación, la mayor parte de las veces depende de las situaciones prácticas en que esos "pueblos" se encuentren.

²⁹ La CONAIE en Ecuador incluso exige en su discurso político un reconocimiento de la plurinacionalidad.

³⁰ Art. 26 Borrador de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. Un comentario a las debilidades véase en el artículo de Gray, Andrew: Protección Internacional de los Derechos Indígenas: el subsuelo- ¿olvidado o ignorado?, en: Boletín IWGIA, No. 3, julio 1993, Copenhague.

social de la política pública indígena. Asimismo, su ratificación (aún en espera)³¹ o suscripción³² por los países establece un marco propicio para fines de política indígena local, toda vez que estos instrumentos son más avanzados que las legislaciones de los países en estudio, principalmente en materia de reconocimiento a derechos sociales, económicos, culturales y de participación efectiva. El desafío de una discusión de esta naturaleza está en dotar al concepto de pluriculturalidad en América Latina y el resto del mundo un contenido pragmático y programático. Esto es, permitir una cultura de la multiculturalidad en que la diversidad cultural sea verdaderamente comprendida como uno de los valores más importantes que posee la humanidad, y, por el lado conceptual, definir operacionalmente entre minorías e indígenas que sirva para aclarar la enorme confusión que hay al respecto. Si a esta distinción operativa, se le agrega que la autodeterminación se ejerce de diferentes maneras, se podría avanzar en este siglo en una perspectiva constructiva de reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas.

Lamentablemente, hoy en día las diferencias de apreciación, también entre los gobiernos latinoamericanos son muy grandes³³, algunos manifiestan que el proyecto de la declaración de 1994 "tiene manifestaciones sociales y políticas pero no derechos", y otros señalan que contiene "normas mínimas"³⁴. Cabría recordar que históricamente, en casi

³¹ La intervención de Estados Unidos de América en la sesión de 1998 del Grupo del Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de revisión, quizá marque la tónica de lo que serán los próximos debates. En primer lugar, señala la necesidad de "no convertir las aspiraciones u objetivos en derechos"; en segundo lugar, señala la importancia de "disponer de una definición universalmente aceptada de la expresión "poblaciones indígenas" en tercer lugar, señala que junto con la universalidad de la declaración se debería tomar en cuenta la particularidad de cada caso y de cada país para lo cual se debería poner "una disposición en que se reconociera que los diferentes gobiernos y poblaciones podrían tener en cuenta las realidades locales al aplicar el proyecto de declaración"; en cuarto lugar, señala que "los Estados Unidos de América no creían que el derecho internacional confiriera a los grupos indígenas de todas partes el derecho a la libre determinación, que tal como se había interpretado comprendía el derecho a la separación o a la secesión del resto de la sociedad". Finalmente la oradora a cargo de la representación norteamericana señaló que se debía seguir el camino adelantado por la Declaración de Derechos de las Minorías en que "se hablaba de las personas pertenecientes a minorías y no de las minorías" (véase Documento de Trabajo E/CN. 4 199/82, p. 8, párrafo 41, Ginebra).

No cabe duda de la importancia de esta toma de decisión por el principal deudor de las Naciones Unidas y la principal potencia mundial. Con ella se desestima el reconocimiento de derechos colectivos indígenas y se plantea el camino del reconocimiento de derechos individuales de los indígenas como personas. Por cierto, desde el punto de vista de las ciencias sociales modernos en general y de la antropología jurídica en especial, eso sería un gran retroceso en la jurisprudencia internacional.

³² Las delegaciones indígenas ante las Naciones Unidas pidieron aprobar el proyecto tal como estaba presentado, lo que obviamente no ocurrió.

³³ Hay países que han mostrado posiciones muy contrarias al documento. Éstos en América Latina han sido liderados por Brasil que ha rechazado el borrador en su totalidad. Esta posición se fundamenta en considerar que los indígenas de sus país, no sólo son brasileños sino que el Estado brasileño tiene la obligación de su protección. Consideran que la declaración pone en cuestión esta tesis y que debilita, por una parte la acción del Estado de protección de "sus grupos indígenas" y que se abre la puerta a la acción de aventuras separatistas. Países asiáticos, como Bangladesh, han tenido también una posición contraria, pero diferente a la anterior, señalando que no se aplicaría en su región el concepto de pueblos indígenas, ya que no hay indígenas propiamente tales. Este sector está dispuesto a colaborar en la declaración siempre y cuando se logre una definición que impida que otros grupos minoritarios se autodeclaren en el futuro "indígenas". Países europeos del norte, Australia, Nueva Zelanda y países latinoamericanos como Chile, han tenido una posición positiva frente a la Declaración, buscando encontrar puntos de avance y consenso.

³⁴ El asunto del ámbito de aplicación de la declaración está enormemente confundido, principalmente por cuestiones jurídico-conceptuales. A esto se suma el problema conceptual y práctico tremendo de definir adecuadamente términos como etnia, o identidad étnica que son muchas veces construcciones sociales híbridos y fluyentes, especialmente en los Andes. Además dichos términos, a menudo, han sido manipulados, o por los políticos o por los mismos indígenas.

todos los casos, los derechos se inician a partir de las personas, de la gente, de los pueblos. Esas aspiraciones, cuando se consensúan y se aprueban por parte del poder establecido, se deberían transformar en derechos, según el discurso legal reinante³⁵. La seguridad y estabilidad es lo que caracteriza el carácter del derecho en general en todas partes del mundo.

1.2.3 Los cambios constitucionales: del Estado napoleónico al Estado multiétnico y pluricultural en los países andinos

El tema del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en Ecuador, Perú, Bolivia y Chile puede ser analizado en cuanto al grado de i) reconocimiento del derecho consuetudinario, ii) de la integración de los derechos colectivos de propiedad común y iii) de los regímenes autónomos a nivel local.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el **espesor cultural** (Subercaseaux, 1999) en cuanto al peso político y cultural de la temática indígena varía de país en país enormemente³⁶, hecho que hace difícil a veces una comparación "justa" de las demandas indígenas, especialmente en ámbitos de la política pública encargada de (auto)gestión y (auto)determinación de desarrollo (con identidad) de los pueblos indígenas.

Es evidente que las reformas constitucionales fueron un tema impuesto a los gobiernos nacionales por la permanente presión de los movimientos indígenas nacionales e internacionales de reconocer la realidad del pluralismo cultural de los países andinos. Se trata del reconocimiento del **otro** dentro de la legislación, y también del reconocimiento de la existencia de otros ordenes jurídicos que coexisten con el orden de origen estatal. Ambos tipos de reconocimientos varían según los países, como vimos anteriormente.

El entorno conceptual del tema del reconocimiento constitucional de la identidad indígena y la especificidad de su cultura, indican que durante mucho tiempo los sistemas normativos indígenas han sido ignorados por el orden jurídico en que se fundaba el Estado. El Estado de Derecho concebido por los países de América Latina en el siglo XIX, se basó en **concepciones napoleónicas** de unidad del Estado e igualdad de todos los habitantes ante la Ley, conforme a los principios **un sólo Estado, una sola Nación, un sólo pueblo, una sola forma de organizar las relaciones sociales, una sola Ley, una sola**

³⁵ Lamentablemente contemplamos, en el caso concreto del agua, que la mayor parte de las leyes y regulaciones no surgen de la práctica social sino de copiar leyes ajenas, de imponer reglas que defienden intereses específicos de élites, y se gobierna por decreto, especialmente en la zona andina, donde las leyes no coinciden con la práctica social vivida.

³⁶ En las construcciones de las identidades culturales latinoamericanas y la concepción del estado-nación el corpus cultural indígena ha sido incluido de manera diferencial. Por ejemplo en Chile, a diferencia de los otros países del estudio, la mezcla física entre criollos y indígenas no se tradujo en un proceso activo de interculturalidad. Más bien puede afirmarse que las culturas indígenas "chilenas" (entendiendo por tal desde la lengua, las costumbres y las visiones del mundo hasta sus expresiones legales y artísticas) han sido un ghetto y su presencia o proyección cultural en la sociedad mayor, vale decir, su peso en la identidad nacional, es más bien débil, y esto abarca desde el plano del lenguaje, hasta las formas de vida y las formas artísticas (salvo algunas excepciones puntuales y recientes en el plano literario, véase a modo de ejemplo Chihuailaf, 1999). Se puede conducir de esto que la construcción de la identidad nacional ha sido en Chile en gran medida un subproducto de la política (de origen europeo); y que ha sido la práctica social e incluso el proceso de modernización lo que ha generado los procesos identitarios, y no las dinámicas de carácter étnico (indígenas) o demográfico (inmigrantes europeos), como ha ocurrido en otros países del continente. A modo de ejemplo comparativo el "espesor cultural" (Subercaseaux, 1999) en países como Ecuador, Bolivia y Perú en términos de aporte cultural indígena a la identidad nacional ha sido más fuerte. Se trata de países que, a diferencia de Chile, tienen una cultura de la pluriculturalidad cultural.

administración de Justicia. Dentro de este entorno conceptual la igualdad de todos los ciudadanos, cualquiera fuera su origen, tenía carácter de axioma. Si bien no se negaba la existencia de realidades sociales diferentes entre los distintos grupos étnicos que cohabitaban en el seno del Estado, éstas no podían tener efecto jurídico alguno: todos somos iguales ante la Ley; nadie puede invocar la ignorancia de la Ley; *dura lex sed lex*.

Es cierto que se debe reconocer que la unidad cultural que afirmaban las constituciones decimonónicas respondía a la necesidad política de que el Estado se diera una identidad nacional que en sus épocas tempranas estaba aún por hacerse. Sin embargo, también lo es que esta concepción rechazaba la especificidad indígena, frente a la cual el orden político y jurídico dominante formulaba una estrategia que según las circunstancias contenía una dosis más o menos importantes de llamamientos a la sumisión, la asimilación o el exterminio. En algunos casos el indígena era considerado como un **salvaje** al que debía hacerse la guerra, en otros era una mano de obra explotable a voluntad, como lo había sido en tiempos del Imperio Español, en otros era un **inepto jurídico** a quien debía ofrecerse la protección del Estado con miras a prepararlo para integrarse en la **sociedad civilizada**; pero en una mayoría de casos la estrategia del Estado frente al indígena incluía estos tres componentes al mismo tiempo (Clavero, 2000).

La vigencia de esta concepción se mantuvo con relativamente pocos cambios hasta alrededor de los años cuarenta del siglo XX, cuando se desarrollaron las iniciativas indígenas dotadas de un fuerte sesgo tutelar, como vimos en los capítulos anteriores. Recién el Convenio No. 189 de la OIT cambió por completo esta visión integracionista y asimilista y abrió el espacio para una concepción que reconoce la naturaleza pluricultural y multiétnica de los estados latinoamericanos que albergan simultáneamente pueblos de origen mestizo o europeo, junto con otros de raíces y culturas indígenas cuya identidad hasta hace poco tiempo era desconocida por el orden político y jurídico dominante.

A nivel de los tribunales latinoamericanos compuestos de jueces profesionales y de hombres y mujeres de los pueblos indígenas se ha hecho realidad finalmente la autolimitación de la jurisdicción estatal reconociendo competencias, incluso en asunto penal, a las autoridades de las comunidades indígenas (Cambelotti, 1999)³⁷.

Sin embargo, como constata Bronstein (1999), uno de los problemas intrínsecos es que el sistema de derecho prevaleciente en los países latinoamericanos tiene dificultades para adaptarse al reconocimiento de una realidad social que posee efectos desestabilizadores sobre las ideas "inculcadas académicamente" acerca de la forma como se crea y se aplica el derecho, "de arriba hacia abajo a partir del Estado", conforme al esquema desarrollado por el positivismo jurídico. Indudablemente el derecho no ha tenido respuestas suficientes para expresar la pluriculturalidad.

También en esa línea, poco se ha reflexionado sobre el desfase existente entre la tan proclamada igualdad jurídica de las **Constituciones napoleónicas** y la realidad cotidiana que nos muestra que existen muy notables desigualdades entre la sociedad europeizada y la indígena, no solamente a nivel socioeconómico sino también a nivel jurídico. Hasta para los políticos es difícil negar que los mayores índices de pobreza y exclusión social en América Latina se encuentran precisamente entre los pueblos indígenas. A esto se agrega los numerosos informes de organismos internacionales competentes en derechos humanos que abundan en evidencias sobre prácticas discriminatorias, manifestaciones de racismo y a veces hasta de etnocidio en perjuicio de pueblos indígenas.

³⁷ No obstante, hay que resaltar que la competencia penal es menos problemática que los derechos sobre casos.

En suma, al tiempo que se tiende a desconocer a los indígenas el derecho a tener su propio derecho, también se menoscaba de facto su acceso a la administración de la justicia dentro del sistema de derecho positivo.

También hay que mencionar que, a pesar del reconocimiento de derechos constitucionales de los indígenas, muchos no han sido implementados por parte de las legislaciones nacionales, o han sido simplemente ignorados. En este sentido el derecho indígena en las constituciones nacionales requiere también una presión y presencia indígena posterior a la ratificación en términos de control y participación equitativo en conjunto con las políticas públicas³⁸.

³⁸ En **Bolivia**, la Constitución del 2 de Febrero de 1997, en el Título III, Art. 171 del Régimen Agrario y Campesino manifiesta que: "Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación en normas propias con solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado." En Ecuador, el país con más presencia indígena junto con Bolivia, la Constitución del 23 de diciembre de 1992, revisión de 1998 deja constancia en Capítulo 5, **Art. 83** que "los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. **Art. 84.-** El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, y el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos; Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.

Usar símbolos y emblemas que los identifiquen. **Art. 85.-** El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable. Y en el **Perú**, la Nueva Constitución de 1993 en el Título II, Capítulo I, Artículo 48 declara que "son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymará y las demás lenguas aborígenes, según la ley. **Capítulo VI, Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas, Artículo 89:** Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La Propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. **Capítulo VIII, Poder Judicial, Artículo 149:** Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial." En **Chile**, a cambio de los otros tres países, los derechos

1.2.4 Esperando el reverso del derecho: las legislaciones nacionales en América Latina

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

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

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

Segundo, la asimilación a o la integración en la sociedad nacional ha sido desde luego un importante criterio de la legislación de los Estados latinoamericanos respecto a los indígenas. Esa actitud etnocentrista de las legislaciones nacionales asumía inclusive un carácter paternalista³⁹. Sin lugar a duda ha cambiado de apariencia la tendencia asimilacionista, pero en su lugar ha parecido una tendencia que trata de incorporar al indígena a la sociedad moderna y al mercado en particular vía el desarrollo⁴⁰. Clara es la aún marcante existencia de marcos normativos que regulan formas de propiedad y manejo de recursos contrarios a la tradición económica y culturales de los indígenas.

De esa manera se dan por ejemplo legislaciones indígenas -como la chilena- que fomentan el cooperativismo en formas que ni son las tradicionales ni las más apropiadas para las comunidades, así como la atomización individual del titular de la propiedad colectiva en el

indígenas han sido siempre abarcados en decreto leyes o leyes indígenas especiales, mientras la constitución mantuvo silencio.

³⁹ Algunas Constituciones de los países latinoamericanos consideraban al indígena como un "niño", sin las responsabilidades ni los derechos de los ciudadanos "adultos" (véase más detalles sobre este tema en: Tresierra, 2000).

⁴⁰ En Chile, por ejemplo, los planes elaborados por la CONADI para el desarrollo de las etnias del Norte Grande, promueven un *desarrollo con identidad*, sobre la base de formas de autorganización y administración de las comunidades indígenas, que actúen en el marco de un desarrollo sustentable. Los planes estratégicos de desarrollo de las etnias andinas (aymarás y atacameños) de 1996, parten de la premisa teórica de procesos culturales - propios o dirigidos externamente - de toma de decisiones, en el marco del modelo de modernización chileno. En ello tiene validez la elaboración de un nuevo modelo de desarrollo indígena, que parta como contrapuesto al de una identidad nacional -que tiende a la progresiva marginalización legal y económica de las minorías indígenas- y valore diferencialmente a éstas, en su identidad étnica histórica, cultural y religiosa. Un modelo contrapuesto, integrado e integrador, a la monótona ola de liberalización propiciada por el Estado, puede tener validez como *"una opción democrática, respetuosa de los derechos humanos, participativa, con equidad, integrado e integrador"* (CONADI 1996b:117).

seno de las comunidades indígenas, lo que resulta totalmente opuesta a las tradiciones indígenas⁴¹. En fin, hay problemas de foros de defensa y medios de acceso para los pueblos indígenas

Tercero, aún siendo adecuada la legislación a menudo no se aplica. En todos los países de la región se encuentran actores de interés privado, los "poderes fácticos" según Bourdieu (1998), que con suficientes recursos e influencia se esfuerzan por aparentar el cumplimiento de la ley con formalismos de un "tecnicismo legal"⁴² pero vacíos de conocimientos de la realidad, incluso se cuenta con la debilidad política de las comunidades indígenas. Un buen ejemplo son las obras de infraestructura para un canal moderno que sea manejado por expertos legales y ingeniero técnicos que persiguen por un lado la forma precisa de cumplir con la ley "hidráulica" o por otro lado de cumplir con los objetivos técnicos del proyecto. Esta práctica de intervención muestra la falta de comprensión derecho consuetudinario y la racionalidad indígena-campesina. Por lo tanto, el proceso de diseño técnico, normativo y organizativo tiene una función central en el desarrollo de sistemas participativas que no sólo son más equitativas y justas, sino también más sostenibles y productivos (Boelens/ Dávila, 1998).

Cuarto, todavía existe un gran número de áreas que requiere legislación. En el ámbito del agua resaltan, la carencia de derecho indígena exclusivo o prioritario en las cuencas hidrográficas y la gestión de las aguas subterráneas en áreas de población indígena. El avance de los mercados de agua en el comercio internacional y la amenaza de la privatización de las empresas y entidades públicas ligadas a la gestión del agua, hace necesario establecer una estrecha relación con los pueblos indígenas. La contradicción es aún más confusa y disfuncional cuando dicho Estado vende sus concesiones de propiedad a terceros (empresas sanitarias, por ejemplo) en territorios "reconocidos y protegidos" por las leyes indígenas. Llamen la atención estas contradicciones al revisar varios textos normativos⁴³ sobre los recursos naturales y el derecho indígena por ejemplo, que a veces simplemente son utilizados para no cumplir con lo dispuesto a favor de los indígenas.

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

⁴¹ A pesar de lo anterior, la *Ley Indígena* de Chile de 1993, por ejemplo otorga validez al derecho consuetudinario indígena sólo en caso de litigios entre miembros de una misma etnia - y aún aquí sólo en el marco de la Constitución Política (*Ley Indígena* 1993, art. 54). Este aspecto lleva a que se produzcan numerosos conflictos tanto a nivel institucional - *Ley Indígena* y *Ley de Medio Ambiente* por una lado, contra el *Código de Aguas* y el *Código de Minería* por el otro -, como a nivel socioeconómico - creciente migración campo-ciudad de los indígenas y marginalización general del sector campesino. Finalmente, la posibilidad de adquirir libremente "*acciones*" de agua, tiene como consecuencia la postergación de la demanda de derechos comunales (indígenas) de agua frente a los derechos privados - en este caso, los derechos de las empresas mineras y forestales. También los planes de *desarrollo con identidad* diseñados por las organizaciones indígenas carecen así de eficiencia (Gentes, 2001).

⁴² Que cumplen con la letra de la ley, pero no con el espíritu de la misma respeto a la justicia, equidad y los derechos indígenas propiamente tales.

⁴³ Así que en Chile por ejemplo la relativamente débil legislación indígena del 1993 se considera una "letra muerta", ya que no acogió, por ejemplo la estrategia legal indígena expresada en el Borrador de Ley de 1991 de normar la exclusividad de las concesiones de agua, lo que constituía una elaboración jurídica respecto a las propuestas que originalmente se plantearon (y plantean) en las reuniones indígenas, de exigir la propiedad y dominio de los recursos naturales, lo que no era complejo de lograr en período de transición a la democracia, sino francamente inviable en el marco del edificio jurídico chileno (véase Toledo Llancaqueo, 1996).

legislativos a favor o en contra de los pueblos indígenas, ni cuenta con personal calificado o fondos suficientes para recoger legislaciones (consuetudinarias), interpretarlas y aplicarlas a servicio de las comunidades indígenas.

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

1.2.5 La tendencia de los derechos indígenas de uso de aguas prioritarios o exclusivos en otras regiones

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

Algunos países han asumido compromisos firmes de considerar los intereses y derechos de agua de las comunidades aborígenes y los usos originarios. **Los Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelandia** y algunos países del **Pacífico Sur (Fiji, Papua Nueva Guinea)**⁴⁴ ofrecen ejemplo considerables (aunque ambivalentes). Por ejemplo la consideración de los intereses maoríes en Nueva Zelandia es un principio básico del proceso de planificación de agua por parte de las instituciones públicas.

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

⁴⁴ En las islas Solomon, por ejemplo, la tierra y su uso respectivo pertenece tradicionalmente a los miembros de una tribu o un clan familiar (*ineage*) encabezado por un líder o vocero familiar (*chief* o *elders*). La autoridad reconoce el derecho de los primeros propietarios del uso de la tierra como un derecho ancestral y no simplemente histórico. El aspecto religioso se toma en cuenta en las políticas de territorialización y desarrollo regional. Se afirmó el poder local de los chiefs a través de capacitación y participación y de esa manera el derecho consuetudinario tribal pudo ser incorporado en parte en el derecho público principalmente en temas de solución de conflictos, distribución de recursos y jurisdicción. Queda claro que también en las islas Solomon el (aún débil) consenso entre derecho público y derecho consuetudinario tribal ha surgido y surge permanentemente a través del diálogo y el conflicto de dos normas jurídicas (una escrita y fija, la otra oral y flexible) de dos culturas que se consideran esencialmente distintas (véase Ben, y.o, 1979).

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

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

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

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

En 1973, como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema en el caso Calder –que reconoció el título aborígen como un derecho aplicable- se iniciaron las políticas de reivindicaciones territoriales globales de los pueblos indígenas canadienses, a fin de resolver las cuestiones relativas a los derechos y los títulos indígenas en aquellos lugares de Canadá sobre los cuales no se habían firmado tratados históricos de cesión de territorios⁴⁵. 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 abduquen” los derechos ancestrales

⁴⁵ Entre 1760 y 1923 se concluyeron aproximadamente 70 tratados históricos entre la Corona y los pueblos originarios. Un objetivo de la Corona en los acuerdos de „paz y amistad“ del período previo a la Confederación era facilitar el comercio y asegurar alianzas militares, el otro objetivo era clarificar los títulos indígenas territoriales a fin de delimitar territorios para asentamientos pacíficos. Los tratados son documentos constitucionales vigentes que establecen el marco para las relaciones permanentes entre la Corona y los pueblos indígenas (véase Dewar, 2002).

a la tierra y los recursos a cambio de los derechos establecidos en el acuerdo. La técnica alternativa de abdicación, aprobado en el acuerdo de Nisga'a (2000)⁴⁶ y otras técnicas jurídicas actualmente investigadas que consiguen certidumbre y definición.

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

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

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

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

Los derechos indígenas presentan una situación especial en la legislación norteamericana. La Corte Suprema en un pleito de comienzos del siglo (1908)⁴⁷ estableció que cuando el gobierno reserve tierras para los grupos indígenas, también deberá reservar suficiente agua de fuentes disponibles para cumplir con el propósito del terreno reservado. En otras palabras, en caso de que el gobierno no crea un terreno reservado para capacitar que los indígenas se hagan agricultores (*peasants*), la acción resulta en una reserva implícita de suficiente agua para cumplir con un propósito agrícola. Esto, comúnmente es conocido como la doctrina de **derechos reservados** (*reserved rights*) o la **doctrina Winter**. Esta doctrina ha sido extendida a terrenos reservados para propósitos nacionales, como parques, bosques, refugios para la vida silvestre y bases militares. El propósito de

⁴⁶ El Convenio Nisga'a 2000 es el primer convenio canadiense que incluye autogobierno según la política de derechos inherentes. Según especialistas del Ministerio de Justicia de Canadá hay posibilidades de concluir en los próximos 5 años hasta 10 convenios finales de autogobierno que afectan a unas 50 comunidades (véase Thomson, 2002).

⁴⁷ *Winter vs. United States* 207 US 564, 1908, Supreme Corte of the United States of America. La Corte de Justicia de Estados Unidos ha sustentado en aquel entonces que "... sería extrema creer ... que ... (El Congreso) tomó de los indios los medios para continuar sus viejos hábitos de vida ... y sin embargo no les dejó el poder de cambiar a hábitos nuevos (ver Resources, The Newsletter of the Canadian Institute of Resource Law, No. 18, Spring 1987: Richard Barlett, Prior and Paramount Aboriginal Water Rights in Canada.

reservar el área particular determina la cantidad de agua que el gobierno implícitamente reservó⁴⁸ (Ingram y Brown , 1998).

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

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

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

Un método sugerido para evitar perturbaciones de usos existentes por no indígenas mientras se respetan los derechos indígenas es, según Solanes y Getches (1998), permitir que las comunidades indígenas transfieran 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 desarrollar⁴⁹. En diversos países andinos, sin embargo, esta posibilidad de transferencia a otra cuenca, territorio, sistema o comunidad, se encuentra fuertemente contestada por las organizaciones indígenas y campesinas. Argumentan que esto les quitaría su posibilidad de satisfacer sus necesidades futuras, y así pone en peligro la convivencia.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

1.2.6 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 Tribales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las "políticas de integración" a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas (Yrigoyen, 2000).

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

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

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

y a partir de qué punto éste deberá someterse a un sistema de derecho – y de control de la legalidad – de jerarquía superior? Por otro lado, ¿es posible reconocer la variedad de derechos locales dentro de un sistema único nacional? ¿Y es aceptable y estratégicamente interesante para los movimientos indígenas e campesinos buscar un reconocimiento dentro de un marco legal positivista (y políticamente superior), o más bien deben luchar por un reconocimiento en términos propios?

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

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

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

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

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

La Constitución de **Bolivia**, por ejemplo, dispone que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las

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

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

II. La normatividad de la ley con respecto a los recursos hídricos y la exclusión social de la experiencia comunitaria-indígena

La necesidad de avanzar no solamente en las leyes y normas indígenas nacionales e internacionales que se refieren al recursos hídrico, sino también elaborar una propuesta políticamente viable y socialmente equitativa a los gobiernos nacionales, nos enfrenta directamente con el manejo jurídico de las legislaciones nacionales de agua. Por tanto, en la primera parte de este capítulo daremos a conocer las bases para la formulación de leyes referidas al agua, acto que nos ayudará en un segundo paso exigir y emitir opiniones contrarrestantes y fundamentados ante la opinión pública. A partir de este conocimiento previo se podrá, primero participar de igual a igual en las discusiones intrínsecas ante el tema de la gestión integrada del agua, y segundo elaborar propuestas viables que incorporen a la mera vista jurídica-técnica del agua la práctica social, y con eso, la visión actual de justicia y equidad.

La segunda parte nos lleva a las esferas de la justicia y el pluralismo legal como base de una sociedad y de sus legislaciones. Tras resumir el aporte de la *public philosophy* en los ámbitos de la transformación de las **reglas y normas democráticas**, justificaremos brevemente la necesidad de un reconocimiento de un derecho comunitario, colectivo y prioritario al agua para los pueblos indígenas. Es a partir del reconocimiento de esta igualdad de la ley -es decir la ley positiva y/o la ley consuetudinaria indígena-, que los nuevos modelos sociales de cohesión integrada comenzarán a efectuarse.

2.1 Elementos fundamentales de una normativa con respecto a los recursos hídricos

La necesidad de avanzar conceptualmente en las leyes indígenas nacionales e acuerdos y tratados internacionales referidos a un reconocimiento y control del uso que hacen las comunidades indígenas a sus recursos hídricos, lleva a precisar que la mayor tarea es de los gobiernos y, desde el punto de vista legal, se centra también en discurrir acerca de la naturaleza jurídica del dominio de las aguas, y incorporar nuevas normas legales que colaboren y faciliten la adecuada gestión de los recursos hídricos (véase Jouravlev/Dourojeanni, 1999)

En este sentido, y siguiendo la premisa de pretender fomentar un desarrollo sustentable y equitativo del manejo del recurso hídrico, el problema de los derechos indígenas de agua, desde el punto de vista jurídico es un tema que adquiere igual que la variable ambiental una especial atención.

En efecto, el agua no sólo debe ser tratada como un bien económico, que radica en su precio de intercambio y de uso que ofrezca al mercado o fije el Estado, sino que también tiene un valor social, cultural, ritual y ecológico, independiente de su valoración monetaria.

Y también hay que resaltar que las funciones del agua no terminan sólo en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de los hombres (agua potable, riego, hidroenergía), sino que también constituyen un componente esencial de cualquier ecosistema.

Lo anterior lleva a que también en los países andinos, especialmente en el marco de las legislaciones ambientales generales, se adopten criterios de precaución en relación al agua, y reconozcan el uso y la conservación de las fuentes de agua en los territorios de las comunidades indígenas.

Aún no se produce la interrelación entre dichos cuerpos legales y los Códigos de Agua o leyes generales de aguas, generándose un vacío a la hora de implementar y controlar efectivamente las disposiciones, generalmente de intenciones, que comprenden las leyes sobre el medio ambiente y las comunidades indígenas.

Este punto adquiere relevancia en este documento, cuando lo que se pretende es proponer las bases para la formulación de leyes de aguas más funcionales y equitativas del punto de vista de la comunidades indígenas. Lo que se requiere es que en las leyes especiales que tratan el tema del agua, se incorporen explícitamente las consideraciones indígenas locales.

Ahora bien, para los efectos de una legislación de aguas, antes de determinar el contenido de las normas, resulta necesario aclarar lo que se busca con ellas. El derecho positivo⁵⁰ se constituye primariamente de normas jurídicas que, expresadas en un juicio

⁵⁰ La doctrina jurídica instituida establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica, es lo que se llama el "monismo jurídico" (Yrigoyen, 2000). A un estado corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Su marco histórico es el proceso de concentración y centralización de poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social. Por consecuencia, las normas no producidas por el Estado no obligan a la obediencia ciudadana, en el caso de la "costumbre" (ver cap. 1.2.6) ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

No hay duda que en países pluriculturales, como son los países andinos, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo

imperativo de carácter hipotético, regulan las conductas humanas en su relación con los demás hombres y buscan el bien común. En otras palabras, fijar las intenciones de que se valdrá el legislador, las cuales deben ser las mismas de la política de intenciones. La claridad previa de ello, muchas veces podrá facilitar la aplicación de las normas jurídicas.

También es importante señalar que las fuentes del derecho, como por ejemplo la Constitución, los tratados jurídicos, las leyes, los decretos administrativos, los contratos o las sentencias judiciales, todas estas normas jurídicas presentan una gran característica: su jerarquización. Se establece así una verdadera pirámide entre ellas, en cuya cima se encuentra la Constitución (Cubillos, 1994).

Por eso el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas adquiere una vital importancia, ya que las constituciones regulan, entre otros aspectos, la organización del Estado y las potestades públicas, a la vez que se establecen los derechos humanos fundamentales que garantiza el sistema jurídico imperante.

Un peldaño más abajo se encuentran las leyes, como por ejemplo las leyes indígenas o las leyes de agua. Ellas expresan normas generales, que regulan en forma general abstracta la conducta del grupo social. Y dentro de las leyes se encuentran los Códigos, que constituyen cuerpo legales que regulan de modo orgánico y completo una determinada materia.

Es el poder legislativo que dicta las leyes, con una mayor o menor participación del poder ejecutivo, en caso de las leyes de aguas entidades como las organizaciones de usuarios o regantes, y comunidades indígenas no participan en la codificación, ni cuentan muchas veces con una delegación observatorio. Es aquí, y no solamente en los escalas institucionales inferiores, donde los pueblos indígenas deben participar efectivamente y ejercer influencia para conseguir un mayor reconocimiento de sus derechos de agua ancestrales.

Sin embargo, resulta pertinente señalar que para la aplicación de las normas, y con el objetivo de salvar las aparentes o reales contradicciones entre distintas normas jurídicas, la aplicación de los **Principios Generales del Derecho Positivo** es imprescindible. Ello porque en algunas oportunidades, y volviendo al tema del manejo de los recursos naturales, se presentan determinados derechos en pugna, como puede ser el derecho de propiedad (individual o privada) y la conservación ambiental o preservación de derechos indígenas de aguas. En tal caso, el legislador y ejecutor (político) siempre razonará en la óptica de la búsqueda del bien común, que se privilegia, cuál derecho es superior al otro. Y los derechos indígenas, muchas veces por su poco peso político, igual que los derechos ambientales, se suelen considerar inferior a las leyes "progresistas" (de minería o de agua, por ejemplo).

En relación de conceptualizar las leyes de agua de los países de la región, es recomendable tomar dos pasos, primero por el lado de la forma u ordenación de la legislación respectiva, y el segundo, desde el punto de vista de su contenido, en la perspectiva de responder preguntas tales como ¿qué regula?, ¿qué instrumentos utiliza?, ¿cuál es la amplitud de los derechos concedidos a los particulares, y en qué consisten las potestades políticas?

de "Estado excluyente". En este modelo, la institucionalidad jurídico-político no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa.

El análisis de tal conceptualización se basa en las leyes de validez nacional. No obstante, la comparación de ellas no se hará de modo esquemático, ya que la pretensión de este capítulo es mostrar distintas formas de regulación, de modo de constatar o no, si conceptos como gestión integral de recursos hídricos, sustentabilidad de recurso, o propiedad colectiva son recogidos o implementados en las legislaciones, y de ser ello así, el modo en que ocurre.

2.1.1 La propiedad de agua, ¿quién la domina realmente?

De acuerdo las cuatro legislaciones examinadas (Ecuador, Perú, Bolivia y Chile), se reconoce respecto del dominio de las aguas el carácter de bienes de dominio público o bienes nacionales, esto es, aquellos bienes cuyo dominio y uso pertenece a toda la nación.

Lo importante de destacar es que el Estado o la Nación al tener el dominio de las aguas lo tiene de modo originario y permanente, es decir, no lo pierde, ni lo debe perder (Solanes/ Dourojeanni, 1995).

En los países andinos, en las disposiciones transcritas, se observa que se recoge la titularidad del Estado acerca del dominio de las aguas, pero al mismo tiempo se expresa que su utilización se concede a los particulares mediante un acto de autoridad, generando, respecto de las aguas un doble vínculo, con el Estado acerca de su dominio, y con los particulares acerca de su uso y goce.

Ahora bien, en algunas legislaciones la declaratoria de que las aguas constituyen bienes de dominio público, en el marco del cual se permiten derechos de propiedad por parte de particulares sobre las aguas. Las políticas y regulaciones del recurso hídrico, por ejemplo pueden incluir la transferencia de únicamente las responsabilidades de distribución del agua entre usuarios hasta incluir la privatización de infraestructura o el agua misma, como demuestra, a modo de ejemplo, el caso chileno⁵¹.

Como consecuencia de la titularidad del dominio o propiedad de la Nación o el Estado sobre las aguas resulta necesario que se le conceda a los particulares un autorización para su uso o aprovechamiento. No obstante, este doble vínculo es uno de los problemas importantes al armonizar los diferentes intereses, en oportunidades, en pugna. En todo caso un modelo jurídico en cuanto al agua como el chileno tiene múltiples externalidades, ya que está fuertemente desbalanceado en favor de la protección de derechos de propiedad (individual y privada) sobre la concesión del libre y permanente uso de agua, que en Chile, por la forma de otorgamiento que se hace de dicha concesión se convierte en la práctica en un derecho de propiedad (individual o privada) de agua y en perjuicio de las normas regulatorias (Dourojeanni/ Solanes, 1995). En los países vecinos afortunadamente ha surgido un debate sobre las políticas hídricas y la necesaria participación en la formulación de nuevas leyes de agua en la región andina, los movimientos sociales y de usuarios (por ejemplo organizaciones de regantes) han hecho

⁵¹ Conforme al Código de Aguas Chileno, las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas en conformidad a las disposiciones del código (art. 5). No obstante, tanto los derechos concedidos por el Estado como reconocidos por éste gozan de una amplia y fuerte protección y están amparados por las garantías constitucionales respecto del derecho de propiedad. En el artículo 24, párrafo 19 de la Constitución Política de Chile se declara que "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". Es un caso único en los países de la región en que se menciona específicamente en la constitución esta disposición y de la cual se acogen, obviamente, los opositores a cualquier modificación del Código de Aguas que poseen estos derechos (véase Dourojeanni/ Jouravlev 1999, Hendriks 1998, Gentes 2001).

propuestas contestarias a los intentos gubernamentales por pretender copiar literalmente el código chileno ajeno a la realidad social y culturales (véase cap. 3.3.2).

2.1.2 Control y intervención estatal en la concesión, regulación y uso del agua

Tal como vimos en el capítulo anterior, como consecuencia de la titularidad del dominio o propiedad de la Nación sobre las aguas se concede a los particulares una autorización, en forma de permiso o concesión, para su aprovechamiento. El primer caso, un permiso crea según la norma jurídica vigente un derecho más transitorio al agua y con plena libertad para la autoridad para ponerle término cuando lo estime conveniente. Del segundo caso, la concesión, emanan derechos más permanentes, y la administración no puede ponerles término en forma inoportuno, sino sólo por el modo y por las causales que la misma ley indica (Cubillos, 1994). Mas aún, en casos como el chileno, la autorización de aprovechamiento crea derechos permanentes en los particulares en los particulares no susceptibles de ser extinguidos por acto de autoridad administrativa. Este punto puede ser visto como ventaja o desventaja para los pueblos indígenas, veremos esto más adelante.

Ahora, ¿qué significa eso de tener un derecho de agua, de ser concesionario de un bien agotable? Qué derechos y obligaciones tengo por ser titular de derechos para usar el agua? Trataremos de descifrar el lenguaje jurídico-técnico para destacar los derechos y obligaciones más elementales de un titular de agua.

Los jurídicos en el tema del agua separan entre **derechos primarios y secundarios**, y en torno a ellos se producen las diferencias entre las diversas legislaciones.

El primer derecho que se les concede a los particulares es el de aprovechar las aguas, esto es, servirse de ellas, usarlas y gozarlas en términos jurídicos. Tal uso y goce dependerá de la extensión -mediante medición volumétrica, por ejemplo y de la categoría -derecho consuntivo o no consuntivo, por ejemplo- de la concesión.

El segundo derecho de orden primario es la posibilidad de que se constituyan **servidumbres** para facilitar el uso de las aguas. ¿Qué son las servidumbres? Las servidumbres son un tipo de cargas o gravámenes que se le imponen a determinados predios, independiente de su dueño, a fin de que el ejercicio de los derechos de uso o aprovechamiento de un tercero pueda hacerse efectivo, necesitando para ello imponerle al dueño del predio una obligación de permitir ciertos hechos. Las servidumbres pueden ser de tres tipos: naturales, legales o voluntarios. Es decir, servidumbres naturales son, por ejemplo predios inferiores que reciben agua de un predio superior sin que la mano del hombre contribuya a ello. Una servidumbre legal, si bien no emanan de la naturaleza de las cosas, pueden resultar necesarias para el ejercicio del derecho a aprovechar las aguas.

Aquí hay que estar alertas, ya que existen bastante diferencias en las legislaciones de aguas. Mientras algunas regulan las diversas servidumbres legales de manera exhaustiva (como la chilena), otras simplemente las enuncian, probablemente por cuanto se encuentran definidas en otros cuerpos legales, como por ejemplo en Códigos Civiles (Solanes y Dourojeanni, 1995). En otras palabras, las servidumbres legales, son, en consecuencia forzosas para el dueño del predio, es decir se les impone aún en contra de su voluntad. No obstante, el que soporta la servidumbre tiene derecho a que le indemnicen de los factibles daños y perjuicios que se le ocasionan.

Finalmente existen las servidumbres voluntarias, que se establecen previo acuerdo de las partes interesados, no estando ninguna de ellas obligadas a contratar, existiendo una libertad plena para fijar los términos de tal convenio.

Respecto a los derechos secundarios, se plantean mayores diferencias entre los países de la región, en especial al cambio de destino de las aguas, a la transferencia del derecho de usos o aprovechamiento, y al no uso de las aguas por un tiempo determinados. Primero, un cambio de destino al agua, no se permite en países donde el control estatal sobre las aguas es más estricto, y sobre todo donde existe mayor planificación y fiscalización del destino de las mismas, el cual se determina en el acto concesional. Sin embargo esto no excluye, que hay disposiciones de los derechos de aprovechamiento, es decir, la posibilidad para los titulares de un derecho de agua de cederlo o cambiar su forma de uso. Es decir, en general, cuando la concesión del aprovechamiento de aguas no está supeditada a un objetivo específico, puede libremente enajenarse, incluso para un uso distinto para el cual fue concedida.

¿Qué quiere lograr el fisco con esta medida?

El objetivo es claro: con ello se pretende crear un mercado de derechos de agua. Si bien el mercado de derechos de agua está considerado entre algunos especialistas del tema una buena alternativa de política para optimar el uso de recursos hídricos justamente para traspasar las aguas de riego a las necesidades de la urbe hay que tomar en cuenta varios elementos reguladores (véase Solanes, 1998). Por ejemplo, la reasignación no debe perjudicar a otros usuarios, hay que fijarse en un **uso efectivo y beneficioso** y la admisión de la transferencia tiene que ser autorizada por el estado, y finalmente, se debe diseñar e integrar la visión de gestión integrada del recurso con la que se evita o se reduce las externalidades como la especulación y monopolización de derechos no usados, o los daños medioambientales con derechos mal usados o no controlados (Bauer, 1997). Además del gran peligro de la desintegración de la gestión indígena-campesina al interior de los sistemas de uso de agua, y la descomposición de la gestión y organización existente, entre otros.

El tema de los **mercados de agua** en América del Sur es aún incipiente. Existen zonas donde el fuerte desarrollo de los sistemas de riego se ha hecho con prohibición absoluta de transferir derechos, y otros países- como Chile- donde se permite la transferencia de derechos, con el riesgo de que los pequeños usuarios o comunidades indígenas pierdan sus derechos. En ambos casos el tema de la equidad y las prolijas de orden público, social y ambiental que se detallan en otros países (Alemania, Holanda o Norteamérica) se han dejado de lado. Incluso el Código Chileno ha sido criticado por tener una "falla crítica en su lógica económica de que los derechos de aguas son gratis" (Solanes/Dourojeanni, 1995:34), ya que los derechos son transferibles libremente y incondicionados, lo que ha creado una situación de privilegio en favor de un grupo reducido, cuya consecuencia es que una importante porción de los bienes nacionales de uso público *de facto* han dejado de ser funcionalmente tales (véase Dourojeanni/ Jouravlev, 1999).

Para el caso de los pueblos indígenas, como un sector pobre y marginado de la población, hay principalmente dos opciones: o se establecen derechos comunitarios y/o colectivos) de uso prioritario, inembargables e inalienables, pero fuera de un sistema de mercados de agua, o se reconocen y se protegen los derechos y usos consuetudinarios como un derecho constitucional de propiedad, dentro de un sistema de agua.

Ahora bien, es indispensable el punto de que en casos en que se prohíbe la disposición del derecho de usos o de aprovechamiento, la enajenación de éste y, por

consecuencia la caducidad de la concesión otorgado. Quiere decir, no puede ni debe haber derecho que no se usa (efectivo y eficientemente) o que mal se usa (que daña o perjudica a terceros y sus respectivos derechos o su hábitat) (véase Gonzalez-Villareal y Solanes, 1999).

Este es punto clave, ya que al otorgarse una concesión, en definitiva es la posibilidad de que una persona utilice las aguas, no estando obligada para ello. No en todas las legislaciones - por ejemplo la chilena- se sanciona la no utilización, por ejemplo con la caducidad de la misma. Es absurdo y irracional, de un punto de vista del desarrollo equitativo y sostenible - ya que el agua es un recurso escaso y de dominio público- que existen recursos de todos que no se aprovechen equitativa y beneficiosamente, tal como indicamos anteriormente.

Además la práctica social permite sostener que la posibilidad de cesión de derechos de aguas, no asegura -ya que el control y los reclamos son insuficientes y manejados mayoritariamente fuera de la ley de aguas- que a los terceros no les afecte el ejercicio de sus propios derechos, ni tampoco al sistema ambiental, cuya legislación apenas se encuentra fiscalizada hasta el momento. Es indispensable recalcar que el beneficiario con el traspaso debe indemnizar a los afectados, o bien, si el daño o la alteración ecológica fuera inaceptable, se debería prohibir el traspaso.

Llegamos a un punto central del planteamiento jurídico sobre los derechos de aguas: ¿cuáles son las obligaciones de un titular?, ¿cuáles son las nuevas variables en la temática del agua? Cubillos (1994) recalca con razón que la historia de la propiedad es la historia de sus limitaciones. El caso de las concesiones de uso de agua es y debe ser un buen ejemplo para ello.

Principalmente hay dos tipos de **obligaciones** en sistemas gestionados por el Estado: obligaciones respecto de otros usuarios, y obligaciones respecto a sujetos interminados.

Los primeros obligan a el o los usuarios de proteger la posibilidad de ejercer su derecho de uso, ya sea en calidad, en cantidad, en disponibilidad en el tiempo (turnos o horas) y en el lugar o posición que se aceptan. Al mismo tiempo lo obliga a mantener en buen estado de operación las instalaciones que facilitan el uso de las aguas, con el objeto de perjudicar el uso de terceros, ni ocasionar daños por destrucciones y desborde de agua

Pero también la participación de los titulares de uso de agua en organizaciones de usuarios les impone ciertas obligaciones - por ejemplo, de no causar daños a terceros- que derivan de su condición de miembros de una entidad colectiva.

Las obligaciones a sujetos indeterminados, aunque se trata de un término jurídico poco explícito, aborda todas son aquellas obligaciones cuya protección no se encuentra directamente vinculada a una persona en particular, sino que responden a intereses cuya tutela le interesa a una parte o toda la colectividad, o bien, a un grupo humano que constituye, aunque para ese sólo efecto, una asociación de hecho. Ejemplos hay muchos. La protección de los recursos naturales, ya que se plantea la conservación como un requisito ineludible para poder permitir el desarrollo de futuras generaciones. En consecuencia la protección hidrológica responde a un interés colectivo, presente y futuro.

Las legislaciones en general toman en cuenta ese punto imprescindible y se incorpora cada vez más en la regulación de los recursos naturales. Lo que falta, sin embargo, es que se establecen y vinculan la protección y conservación del recurso hídrico y las referencias al ambiente en general con derechos y deberes colectivos o comunitarios. En áreas del control de la contaminación, de la ordenación en el uso de los espacios, o la

gestión del patrimonio de los recursos naturales, el agua, como parte intrínseca de los ecosistemas, el agua no sólo se comprende con destino para la población, sino que también para el necesario desarrollo de las actividades que permitan una capacidad productiva y equitativa de una zona determinada.

Podríamos plantear que la preferencia en algunas legislaciones absoluta por un uso poblacional o industrial excluye en la práctica a otros usos (y grupos de usuarios) y hace inviable e insostenible el funcionamiento de sistemas productivos. Los pueblos indígenas son de los primeros en sufrir las externalidades de dichas preferencias mal dirigidas.

Finalmente nos resta el tema de la **intervención estatal** en la regulación y el uso de los derechos al agua. Es quizás este tema en donde se requiere mayor flexibilidad (en términos de intervención en ámbitos socioculturales distintos a la norma establecida) pero también rigor (en términos estrictamente jurídicos de control, supervisión y sanción) a objetos de adecuar la legislación de aguas a las condiciones de cada país de la región, tanto geográficas, como ambientales, del sistema legal (eficiencia y eficacia), étnicas, presupuestarias, políticas, etc.

En efecto últimamente se ha planteado que el mejor nivel de gestión integral para los recursos hídricos es a nivel de cada cuenca, como ha enseñado ya la experiencia en Europa, principalmente en España y Francia (Dourojeanni, 2000). No obstante hasta la hora hay una gran lista de temas pendientes y relevantes para mejorar la capacidad de gestión del uso múltiple del agua y la gestión integrada de agua y el medio ambiente. Algunos autores hablan incluso de una crisis de gobernabilidad en la gestión integrada del agua para toda América Latina (véase Dourojeanni, 2001a, b). Las exigencias se dirigen hacia una reordenación de las políticas públicas. Expertos internacionales como Dourojeanni (2001b:30;31) recomiendan que:

"...los gobiernos de la región no sólo deberían preocuparse de que los grandes inversionistas se sientan atraídos por mayores facilidades, franquicias y garantías para invertir en la minería o la captación de energía, petróleo o agua. Más bien, deberían tratar de identificar las medidas necesarias para que parte de los ingresos que generen esas inversiones se invirtieran en el mejoramiento de la producción rural y urbana local, protegiendo los recursos productivos naturales y el ambiente en general a través de planes de manejo productivo. El desafío consiste precisamente en descubrir cómo pueden complementarse los actores productivos, para contribuir a la sostenibilidad ambiental de un sistema."

En este escenario el estado generalmente se ha reservado facultades de solución de conflictos entre usuarios y otras que dicen relación con asegurar una distribución de flujos de cantidad de recursos, y fijar en su caso la oportunidad de uso, y más recientemente con el mantenimiento de la calidad del recurso.

Uno de los principales modos de regular el uso del agua es indicar que el **ejercicio de la propiedad** (antes indicada), incluyendo la propiedad sobre el derecho a usar el agua, supone como restricción la función social de la misma, la que incluye la función ambiental. Para ello, junto con las preocupaciones de la cantidad, en algunos países, se faculta al Estado para crear zonas protectoras de los cursos de agua, en las cuales se pueden restringir o prohibir el desarrollo de actividades en tales cursos. O sea, el estado otorga (concesiones), administra (en la planificación y gestión), participa (en la transferencia) y restringe (en la protección o preservación) un derecho de uso al agua. Es por eso, que las legislaciones entre los requisitos de cualquier solicitud de uso de agua deben indicar el destino de las mismas.

Por el contrario, las legislaciones que no vinculan el destino de las aguas al otorgamiento de derechos de uso o de aprovechamiento, pueden llegar (y de hecho llegan) al caos de que

se soliciten derechos de aprovechamiento con el objeto de acaparar las disponibilidades de agua que tenga una fuente determinada, a fin de que se comercie y especule con los derechos de aprovechamiento, una vez que dichos sena escasos⁵².

Ello lleva a reflexionar sobre el último punto de las normas, el de la **transitoriedad o permanencia de las concesiones**.

En el capítulo anterior se indicó que las aguas en general constituyen bienes nacionales de usos público, y que su aprovechamiento se concede a los particulares mediante acto de autoridad. Se indicó, igualmente, que en general los derechos no son permanentes y son susceptibles de extinguirse por diversas causas.

Ahora bien, la procedencia de que se otorguen derechos "eternos" a los particulares sobre recursos de "propiedad nacional" o sea pública puede incluso cuestionar y debilitar, a lo largo, el dominio el poder fáctico del Estado.

En los países donde ello sucede -como en Chile-, generalmente se producen situaciones de escasez del recurso, acaparamiento y monopolización de los derechos de agua, y consecuentemente para una implementación de las políticas nacionales hidrológicas se requeriría expropiar derechos de aguas, lo que en la práctica llevaría a un gasto insoportable del fisco, con necesidades mas acosantes.

Es por ello que, y coherente con la incorporación de nuevas variantes al tema hídrico que primero, debe ser posible caducar las concesiones cuando los titulares de ellas no cumplen con las disposiciones que regulan el ejercicio de su derechos y segundo, cabría que analizar la posibilidad de que el estado, sin despojarse de sus facultades de regular de modo marco el uso de los recursos naturales, delegare y capacite en los propios usuarios e interesados los mecanismos de administración de los recursos⁵³.

2.1.3 La participación de los usuarios en la regulación de la gestión de aguas

La participación de los usuarios en la gestión del agua se da preferentemente a nivel de la unidad territorial de gestión. En general, la participación de los usuarios es bastante precaria, y sólo en aquellos países - como Perú, Bolivia o Ecuador- donde existen niveles locales de gestión se observa, principalmente a nivel de los distritos de riego, un mayor

⁵² Es evidente que eso es una situación que se ha presentado en el caso de Chile. Ello ya que la concesión de derechos de aprovechamiento no está ligado a demostrar la necesidad de la misma, ni menos a indicar el destino de las aguas otorgadas (véase Dourojeanni/ Jouravlev 1999, Gentes 2001).

⁵³ El caso de España es ilustrativo. La máxima autoridad en materia de aguas es el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, existiendo además como órgano consultivo de alto nivel el Consejo Nacional del Agua, integrado por representantes de todos los sectores interesados, y que le corresponde como función principal emitir opinión acerca del Plan Hidrológico nacional y de los planes hidrológicos de cuencas, los cuales son aprobados por las Cortes españolas y el gobierno, respectivamente.

A su vez, los organismos de cuencas, llamadas Confederaciones Hidrográficas, se constituyen como entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado y con plena autonomía funcional. Sus funciones más importantes son la de proponer el plan hidrológico de la cuenca, así como realizar su revisión y seguimiento, administrar y controlar el dominio público hidráulico, proyectar, construir y explotar las obras en su respectiva cuenca, otorgar las autorizaciones y concesiones, cumplir labores de inspección y vigilancia, realizar foros, estudios de hidrología, información sobre crecidas y control de la calidad de las aguas y prestar servicios técnicos. De la somera descripción anterior, y obviando la situación que se produce respecto de las comunidades autónomas, se observa que el Estado se reserva la función de definir los objetos nacionales en materia hídrica, pero la gestión de los recursos de la cuenca y la implementación de los planes, tanto nacional como de cuencas, recae en las confederaciones hidrográficas. Sin embargo ello supone contar con los recursos técnicos humanos y monetarios para poder ejercer las facultades y potestades que se otorgan por la ley (para un mayor análisis véase Cubillos, 1994, y el Boletín Oficial del Estado, colección textos legales, Ley de Aguas. Madrid, 1992.

grado de participación en la operación, mantenimiento, desarrollo y uso racional de los recursos hídricos. Allí también existen juntas arbitradoras que resuelven conflictos entre usuarios por el uso de las aguas entre ellos, con carácter vinculante, ayudan a aliviar el labor judicial a los organismos centrales (CEPAL, 2000).

A continuación veamos los **mecanismos de participación** de los usuarios en los países del presente estudio. Para eso nos serán de gran utilidad los Informes Nacionales sobre la gestión del Agua, que emana cada país anualmente:

Ecuador

El uso del agua en el Ecuador es, si cabe el término, universal, puesto que en teoría todos los habitantes del territorio son, de una u otra manera, usuarios del agua en una o muchas de sus formas.

A los usuarios se los podría clasificar de la siguiente manera: personas naturales, personas jurídicas, juntas de agua, directorios de agua, empresas municipales, empresas cantonales, empresas provinciales, corporaciones y empresas eléctricas.

La participación rige según la ley; por ejemplo para los usuarios del agua para riego está regulado en el “Reglamento para el reconocimiento jurídico de las organizaciones de usuarios de los sistemas de riego a cargo de las corporaciones regionales de desarrollo.” El trámite que deben seguir la organización de usuarios es la aprobación de estatutos que lo realizarán ante la Corporación regional de Desarrollo quien a su vez emitirá un informe a la Secretaría General del CNRH.

De esa manera, y cumplido con todos los documentos de la solicitud, hasta fines del año 2000 una totalidad de 21 proyectos públicos de riego han sido traspasados a asociaciones de usuarios de agua para riego, bajo la iniciativa de las Corporaciones regionales de Desarrollo y con aportes de la Unidad Ejecutora de Proyectos y el proyecto de Asistencia técnica en riego del MAG, con fondos del banco Mundial, y se espera que en el futuro 36 sistemas adicionales se transferidos (Galárraga-Sánchez, 2000: 54).

Perú

La participación de los usuarios en la gestión de los recursos hídricos, a nivel de áreas irrigadas, está regulada por los siguientes dispositivos:

- la Ley General de Aguas (art. 44) que señala que “la autoridad de aguas en coordinación con la Junta de Usuarios y con las autoridades de la región Agraria correspondiente formulará los planes de cultivo y riego teniendo en cuenta las realidades hidrológicas y agronómicas del Distrito”;
- el DS 037-89-AG denominado Reglamento de organización de usuarios, que dispone las obligaciones y derechos de los usuarios de aguas, la conformación de las Comisiones de regantes y sus órganos de gobierno y; la conformación de las Juntas de Usuarios y sus órganos de gobierno:
- el DL 653, capítulo III, Art. 59 y 60, que establece la obligatoriedad para que los usuarios de aguas de cada Distrito de Riego se organicen en Comisiones de regantes con personería jurídica para cada sector o subsector de riego y en una Junta de Usuarios para cada Distrito de Riego, inscribiéndose en un padrón para hacer uso del agua y pagar la tarifa por unidad de volumen y
- El DS 048-91-Ag, Título V, capítulo II y II que establece la necesidad de contratar a un Gerente Técnico por parte de las Juntas de Usuarios, especializado en hidráulica y manejo del agua, señalando sus funciones (véase Núñez Timoteo, 2000).

Bolivia

Los usuarios pueden ser distinguidos según la forma de uso del agua:

- a) usos consuntivos: uso agrícola, minero, industrial y doméstico
- b) usos no consuntivos: uso hidroeléctrico, medioambiental y recreativo

Con la introducción de las Superintendencias del SIRESE (1992) se abrió una puerta para canalizar las demandas de los usuarios y población en general, cada Superintendencia cuenta con una Oficina de Defensa del Consumidor (ODECO) que si bien tiene restricciones para efectivizar los reclamos, ha facilitado la participación de la población en la toma de decisiones.. Por otro lado se han creado foros y organizaciones, especialmente ambientales que recogen las aspiraciones de una parte de la población y participan activamente en la revisión y la estructuración del sistema normativo del país (véase CGIAB).

Por otro lado la aprobación de la ley del medio Ambiente (1992) y sus reglamentos en 1996 estableció mecanismos de participación de la población a través de consultas públicas en el proceso de Evaluación del Impacto Ambiental, especialmente para aquellos proyectos clasificados como de “alto impacto – categoría I” (Mattos/ Crespo, 2000).

Chile

Los usuarios se encuentran organizados en distintos tipos de organismos, dependiendo de la fuente y el uso que se haga de los recursos hídricos. Son estas organizaciones las que administran y distribuyen las aguas, cumpliendo la DGA una labor de intuición general y regulación. Estas organizaciones, en la búsqueda del uso conforme a derecho del agua por parte de sus miembros, pueden cobrar derechos o cuotas para la construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura de repartición del agua.

Los distintos tipos de organizaciones de usuarios son:

- Juntas de Vigilancia: organización de usuarios que aprovechan aguas de una misma corriente superficial, con el fin de administrar y distribuir las aguas sobre cuyos miembros tengan derechos, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común, entre otros fines. Como sus atribuciones giran en torno a los cauces naturales, también tiene funciones como la declaración de escasez de los recursos, pudiendo reasignar las aguas según lo estime su directorio;
- Asociaciones de Canalistas que son grupos de usuarios que son responsables de la administración de la infraestructura primaria como embalses y canales, y poseen personalidad jurídica;
- Comunidades de aguas que, en el fondo son idénticas a las anteriores, aun cuando no poseen personalidad jurídica;
- Comunidades de obras de drenaje: constituye el grupo de usuarios que aprovechan obras de drenaje o desagüe en beneficio común.

Aún cuando debe considerarse que las organizaciones de usuarios existentes, en general, han sido eficaces para cumplir su rol, debe reconocerse que presentan algunas limitaciones que pueden entorpecer su accionar. En efecto, por ejemplo, la legislación chilena no distingue una participación segmentada de usuarios de derechos consuntivos y no consuntivos, en las Juntas de Vigilancia; de esta forma, por ejemplo, un gran usuario hidroeléctrico en un río puede tener derecho a dominar la gestión de una determinada Junta de Vigilancia (Brown/ Saldivia, 2000).

2.1.4 La equidad, flexibilidad y sustentabilidad de la gestión del agua

El agua es un recurso escaso y finito. En el mundo de hoy, un problema agudizante es la competencia por el agua entre distintos sectores de actividad, y básicamente entre grupos con poder diferencial. A partir de esta base, se observa que ciertos grupos o sectores tienen más poder que otros. Globalmente y anualmente, la agricultura acapará un 69% de agua dulce, la industria un 23% y el consumo doméstico un 8% (Larbi, 2000). También en la conferencia de París (marzo de 1998) se señalaba que los monopolios de distribución del agua deben ser supervisados o regulados a fin de evitar que la sociedad de distribución correspondiente pueda abusar de sus disposiciones. De hecho, en muchos países del sur, la privatización de los servicios públicos desde 1985 está impuesta por los organismos de préstamo internacionales, al mismo tiempo gran parte de las poblaciones no están satisfechas, ya que la pobreza sigue aumentando.

Hay grandes movilizaciones de los organizaciones de usuarios en contra de esta "mercantilización" del agua., para, nuestra región las manifestaciones de Cochabamba han exigido que el agua no esté controlado por el "mercado" y que el estado guarde sus responsabilidades con el fin de proteger a una población desabastecida⁵⁴.

De hecho, el mercado acentúa y exagera la problemática del agua de los pequeños usuarios y pueblos indígena-campesinos debido a una competitividad desenfrenada, la primacía de la rentabilidad, a la carrera en la formación de poderosas redes financieras e industriales gigantes a escala mundial que contribuyen a envenenar las luchas económicas e incluso geopolíticas entre los países por el dominio de los recursos naturales. Pero, también hay que subrayar las responsabilidades de los Estados Nación a este respecto debido al papel de la soberanía territorial absoluta, del menosprecio del principio de la comunidad de interés, y finalmente del menosprecio del principio de utilización equitativa y sostenible y razonable del recursos.

En otras palabras, la gestión y normatividad del agua está también vinculada con una ética local, nacional y global de fomentar una transparencia en las leyes, la gestión y en el pacto de contratos. El agua es crucial en el ejercicio de la "subsidiaria activa", en la toma de decisiones a y con la base. El agua es una necesidad humana vital, para el conjunto de la biosfera, por ello debería otorgársele a la categoría de derecho -como lo hizo recientemente la nueva constitución de Sudáfrica- cumpliendo en esto el derecho internacional que considera, tras la Conferencia de las Naciones en Dublín en 1992, que el agua es un bien económico cuyo acceso es un derecho fundamental⁵⁵.

Varias instituciones como la CEPAL o el World Watch Institute reclaman una nueva ética del agua que cambie las cosas, lejos de conceptos y elementos normativos como "el compartir" o *los stakeholders* o "el agua es asunto de todos" tan apreciados por el Consejo Mundial del Agua y por organismos similares. Es necesario trascender estos conceptos normativos vacíos para permitir a los más pobres, a los pueblos indígenas marginados y desincorporados y a aquellos que realmente "tienen sed" de expresarse, capacitarse y decidir (*empowerment*). Es de este modo como podría permitirse la aparición de una ética

⁵⁴ Véase Fuente, Manuel de la/ Seifert, Ana María/ Villareal, Frida: Bolivia: el reto social del agua, en Le Devoir, Montreal, 17 de julio de 2000.

⁵⁵ Principio 4 de la declaración final de la Conferencia sobre el Agua y las Perspectivas de Desarrollo Sostenible. Dublín, 1992.

de la ley (de aguas), de la justicia y de la responsabilidad política íntegra y instale una solidaridad global⁵⁶.

2.2 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 cuasi estancamiento a nivel de algunos países de la región (Aylwin, 1997).

El reconocimiento de estos derechos, y por tanto, del pluralismo jurídico en el interior de un país, no constituye una tarea fácil ni teórica ni prácticamente. Pasa por el reconocimiento y la aceptación por parte de las sociedades de los países en la región que primero, de que efectivamente hay una diversidad étnica y cultural en el país que ha sido en gran medida negada; segundo, que esta diversidad significa un aporte intrínseco a la cohesión social y nacional y no una 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 del agua), no como herramienta que acelera el proceso de homogeneización, sino como instrumento 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 ochenta⁵⁷, 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-privada" 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

⁵⁶ Esta otra cara de una "globalización invertida" (Larbi, 2000) promueve una nueva sociedad justa e equitativa e ahorradora del agua, cuyos principios para la gobernanza y la legislación queremos incorporar en el ANEXO II de este trabajo.

⁵⁷ 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 rechazo 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 al país en una 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.

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 particulares⁵⁸ (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 anteriormente ignorados, llegan y llegarán al sistema judicial y la judicatura tendrá a menudo que entrar a fondo en ellos, 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, a 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 tenido 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).

Los pueblos indígenas han debido adecuarse a las distintas situaciones mostrando una importante ductilidad para retomar, sin por ello dejar de reproducir lógicas y modelos culturales que los caracterizan y que remiten a matrices culturales también históricas. Estamos, sin lugar a duda, ante sistemas normativos diferenciados⁵⁹, distintos y por consecuencia subalternos de la sociedad dominante que se han construido en interacción estrecha y conflictiva con el derecho estatal.

La lógicas culturales de los sistemas normativos en América Latina han sido impactadas por el derecho dominante, colonial primero y republicano después, lo que genera una serie de contradicciones y tensiones. Es de destacar el peso del colectivo sobre los individuos, al igual que en otros sistemas normativos vigentes en el mundo, como los derechos humanos, lo que no significa que el individuo deje de ser protegido por el sistema.

2.2.1 Algunas consideraciones sobre democracia y pluralismo legal: un debate entre sistemas de normas y construcciones sociales

El tema de la **justicia** (de la ley de y para todos) es primordial en aspectos sociales. Y en este sentido no se trata solamente de reconocer el derecho o los derechos del "otro", en este caso de los pueblos indígenas, sino reconocer la igualdad de derecho dentro de un **discurso de la diferencia** (Taylor, 1993).

⁵⁸ Así por ejemplo consta la Constitución Política de Chile en su art. 20.

⁵⁹ Hablamos de sistemas normativos diferenciados, ya que no estamos ante un solo sistema jurídico, lo cual depende del contexto y de la historia particular de cada pueblo, de ahí que no es lo mismo hablar del derecho aymará que del derecho mapuche o del derecho de los Rapa-Nui.

Todos los discursos de demanda de reconocimiento de las minorías étnicas parten del principio (jurídico-social) de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos y hace derivar de él una política de la diferencia⁶⁰.

El **principio de igualdad**, en todo caso, es negado por una cultura euro, o bien, etnocéntrica, fortalecida por el liberalismo, que ejerce como instancia cegadora frente a las diferencias (*difference-blinder*) (Ibid: 68). El caso de las aspiraciones autonomistas de la **provincia canadiense de Quebec** muestra cómo es llevada a cabo una política cultural activa, en el sentido de la admisión de metas (derechos) colectivas frente a los derechos individuales. Esto puede traer consigo, por una parte, libertad de acción y limitaciones particulares (leyes lingüísticas), como también puede llegar a considerarse como discriminatoria en relación a los derechos individuales⁶¹. En cualquier caso, una política como ésta se sostiene en el principio de abrir una determinada posibilidad a una población existente.

Taylor (1993:90) contrapone a los modelos democráticos actuales el **discurso de la diferencia**, donde se recoge la aspiración de los distintos grupos a la sobrevivencia y no a la disociación. Tiene una meta colectiva pero, como consecuencia lleva también a una modificación casi inevitable de las leyes, cuya validez quedaría circunscrita a los diferentes contextos culturales y reconozca el igual valor de las culturas y sus respectivos leyes.

Oponer a la política de la igualdad una **política de la igualdad de derechos** tiene diversas consecuencias. Estas valen en primera línea para la identidad de las personas a raíz de un canon educativo transformado, en el sentido del respeto y no en la forma de una solidaridad sobrepuesta.

En síntesis, deben lograrse nuevas formas de convivencia activa con otras culturas - en todo el mundo y al interior de cada sociedad -, de acuerdo a las cuales debe reformularse el valor relativo de cada cultura particular. El punto de partida para una política de igualdad de derechos para las minorías es la indispensable orientación del derecho individual de acuerdo a las necesidades colectivas.

Clavero (1994:124) adhiere a los postulados de Walzer y Taylor cuando, en relación al derecho de las comunidades indígenas, sostiene que el individuo tiene el derecho a una cultura, cuya expresión puede ser de carácter colectivo y que, como consecuencia lógica de ello, ese derecho a una comunidad cultural se pueda transferir a una comunidad cultural como colectivo. Este ejercicio jurídico prepara al mismo tiempo un nuevo nivel de conflicto entre los derechos individuales y los colectivos que, en cualquier caso, se encuentra en la lógica de una interpretación jurídica práctica:

Así que se trata, según Habermas (1997:148-50) para las políticas públicas de las posibilidades de **implementar una teoría individualista de la protección legal colectiva**, para la articulación y mantenimiento de derechos colectivos en las construcciones democráticas. En el centro de los intereses se encuentra el reconocimiento de las **identidades colectivas y la igualdad de derechos** de las diversas formas culturales de vida, frente a iguales posibilidades de existencia.

⁶⁰ En su comentario al trabajo de Taylor, Gutman (1997) remite a la lucha de los afroamericanos en USA por ser reconocidos.

⁶¹ La política de la *survivance* debe asegurar, de acuerdo a Taylor (1993: 87-88), que también en el futuro habrá un grupo de personas que hará uso efectivo de su posibilidad de utilizar la lengua francesa. Esa política debe ser un esfuerzo activo por formar a los miembros de ese grupo en el sentido de que se preocupen que también las generaciones futuras se reconozcan como francoparlantes.

Encontrar un equilibrio entre los derechos universales individuales y el bienestar común, entre el yo y la comunidad, debe seguir la pregunta central acerca de cómo puede ser logrado y mantenido en la práctica un equilibrio como ese. Una política estatal activa del reconocimiento de diferencias culturales, representa un primer paso en dirección a esta transformación social solidaria.

2.2.2 ¿Un derecho de agua individual o un derecho comunitario colectivo de agua?

En relación a la legislación sobre los recursos hídricos se producen grandes contradicciones entre ley (escrita) y costumbre (vivida) y usos (practicados). Es decir, existen disposiciones que claramente establecen la prevalencia del Estado como propietario del recurso, al mismo tiempo que se aprueba legislación que reconoce los derechos sobre el recurso por parte de las comunidades indígenas. Así, por ejemplo, en el Perú el Estado es el propietario y supremo dispensador y regulador en el uso y la administración de las aguas y no hay ni "propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas"⁶² A las comunidades andinas y amazónicas peruanas no les ha sido reconocido el derecho de dominio sobre el agua en sus territorios, bajo ninguna de las formas en que ésta se presenta (abrevaderos, ríos navegables, lagos o lagunas, o otras corrientes menores etc.). Sin embargo, la Ley de Comunidades Nativas garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas y se concluye que las agua también forman parte del espacio territorial indígena⁶³.

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

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

⁶² En la Ley de Aguas del Perú de 1969, y adoptado en la Constitución Política de 1979, se hace referencia a que el Estado tiene "dominio sobre todas las aguas del país y que este dominio es "inalienable e imprescriptible, y de que no hay ni propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas". En la postura de la constitución de 1993, todavía vigente pero a punto de ser reformada, se establece, no obstante, que los recursos naturales son de patrimonio de la nación.

⁶³ En la Ley de Comunidades Nativas del Perú, en su artículo 10 dice que "El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades Nativas ...". Y según la misma legislación peruana se concluye que las aguas también forman parte del espacio territorial indígena. Sin embargo, la Constitución de 1993 señala que el Estado es soberano en su aprovechamiento. "Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal (art. 66). El objetivo, de este mecanismo es, según Castillo (2001), concesionar los recursos para el sector privado financie y desarrolle los proyectos de inversión y aprovechamiento. En consonancia con esta disposición, el actual proyecto de ley de aguas, por ejemplo, también faculta a la administración a otorgar concesiones de aguas con el carácter de derecho real.

¿Cuáles son las propuestas que surgen del ámbito indígena para lograr este tipo de (etno)desarrollo rural? Dado que las tierras⁶⁴, las aguas, el subsuelo y riberas de los territorios indígenas se rigen por normas de propiedad específicas, se precisa que todas las legislaciones incorporen el sentido del derecho comunitario colectivo de los pueblos indígenas a cada uno de los recursos, como un derecho exclusivo, prioritario y activo (Toledo Llancaqueo, 1996).

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

2.2.3 La historia, organización social y cosmovisión como base del derecho indígena

La relación hombre-naturaleza-cosmovisión sustenta la identidad de los pueblos indígenas y genera una visión integral del desarrollo. Se pide respeto a esta relación a través del reconocimiento del derecho a la autodeterminación y al territorio esencial -comprendiendo espacios vitales tanto en el sentido productivo como ritual y religioso- para reforzar la identidad cultural y ofrecer una opción al desarrollo depredador (Dourojeanni, 1997).

El mercado actual al cual se enfrentan las comunidades indígenas-campesinos en los países andinos no es un mercado abstracto, que se originaría en función de una división de trabajo entre ellos, sino es un mercado concreto, que penetra a una estructura de producción y de reproducción social, que tiene leyes de interacción previas a su aparición. En los Andes, el mercado en general que liga sectores y regiones con un desarrollo muy dispar de las fuerzas productivas, y establece entonces equivalencias, que no necesariamente corresponden a los costos de producción en las comunidades indígena-campesinas.

Para entender el carácter de la organización social alrededor de los procesos productivos de las comunidades andinas hay que partir de una productividad sumamente baja del trabajo en la agricultura andina. La respuesta andina a este problema es la organización de la producción (agrícola y/o ganadera) multicíclica. Es decir, si el agricultor andino utilizase su fuerza de trabajo únicamente en un cultivo (de riego), el producto obtenido, dada la baja productividad, no cubriría las necesidades de su reproducción, ni mucho menos la de sus unidad familiar.

La estrategia adoptada frente a este impase comúnmente se titula desde Golte (1980) la **racionalidad de la organización andina**, lo que implica que los pobladores andinos aprovechan la diversidad de condiciones naturales presentes en las vertientes andinas, la diversifican aún más por medio de la irrigación, y conducen a una serie de ciclos de producción cuya suma permite una utilización de su fuerza de trabajo considerablemente mayor que la que se emplearía en la conducción de un sólo ciclo. Es una conducción paralela que genera y vuelve a genera necesidades de cooperación social al interior de cada unidad de producción o ayllu (Golte y Cadena, 1983).

⁶⁴ 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.

Ahora bien, existen algunos referentes o principios generales que permiten identificar rasgos generales y recurrentes de los sistemas normativos indígenas o del llamado derecho indígena. Algunos de estos principios se refieren a la membresía, es decir, el (auto)reconocimiento del individuo como miembro, parte de un pueblo o una comunidad indígena y por tanto sujeto a obligaciones, derechos y sanciones; la reciprocidad y el respeto, como base de las relaciones sociales y del ejercicio de la autoridad (tribal, familiar, étnica); el compartir una concepción del mundo y de la vida, una cosmovisión particular distinta a la occidental en donde se privilegia la relación hombre-naturaleza-cosmos. Así lo revela el **derecho aymará**, donde prevalece un concepto de consenso compartido y convivido en el establecimiento de la relación social, más que un castigo unilateral (véase Fernández Osco, 2000).

Dentro de las especificidades de la cultura indígena la más conocida es sin duda la relación que el indígena mantiene con su tierra ancestral. En la cosmovisión maya el Sol es el padre, la Luna es la abuela y la Tierra es la madre; en idioma tzotzil la palabra "hombre" (*Swinkilel Lum*) significa "el que posee tierra"; en el Sur del Continente el pueblo mapuche se autoidentifica como gente (che) de la tierra (Mapu). Para la cultura indígena la tierra ancestral es fuente de vida y es parte esencial de su identidad; por eso mismo la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo, y no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros en las condiciones que prevén los sistemas de derecho napoleónicos. Sin duda, la mayor oposición que puede existir entre la cultura jurídica europea y la indígena es la manera como una u otra abordan el tema de la tenencia de la tierra. Si en la primera la tierra *pertenece* a la persona en la segunda es la persona o con mayor propiedad el grupo étnico que en cierta medida *pertenecen a la tierra*. De ahí que, si para la primera un conflicto en torno de la tierra se limita a la disputa por un terreno, grande o pequeño y más o menos explotable, para la segunda puede significar toda la razón de su identidad e inclusive su supervivencia.

Sin embargo, el orden jurídico dominante de las constituciones decimonónicas jamás tomó en consideración esta diferencia de concepciones, limitándose a afirmar el derecho irrestricto de propiedad individual con respecto a aquellas tierras que tenían un dueño registrado como tal, y confiriendo al Estado la propiedad de las tierras baldías. De ahí que la exigencia de que las tierras y el territorio ancestrales sean objeto de un trato jurídico conforme a los valores de los pueblos indígenas, y por ende diferente del que prescribe el Código Civil, figura y ha figurado desde siempre en el centro de todas las reivindicaciones de los pueblos indígenas.

¿Cómo conciliar éstas dos concepciones en el seno de una sociedad que se pretende pluricultural y pluriétnica?

El tema ha sido materia de desarrollo detallado en la Parte II del Convenio 169, que recuerda que al aplicar sus disposiciones:

"Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Además, deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos, consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. Asimismo, deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su

desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos".

Ahora bien, si definimos los derechos al agua desde un punto de vista social como un reclamo autorizado sobre el flujo benéfico de una fuente de agua (Gerbrandy y Hoogendam, 1998) también hay que tener en cuenta de la historia de los cambios bajo distintos sistemas normativas (incaico, colonial, republicano, neoliberal). Estas historias significaron la implementación de una cierta política hacia el sector de los recursos hídricos en general y hacia los pueblos indígenas en especial.

En este sentido la historia del período precolonial, del período colonial, de las reducciones (de Toledo, por ejemplo) y las reparticiones de agua durante la época colonial y republicana nos da luces para entender la distribución actual de los derechos de agua en una cierta microregión. Muchos de los derechos consuetudinarios de agua tienen un larga historia, sus raíces a veces llamadas ancestrales también tienen a veces historias recopilables, incluso, de una o otra manera, siguen vigentes en la actualidad apareciendo en los reclamos del derecho ancestral del uso. La historia también nos ayuda en cierta medida entender las formas que se utilizan para definir los derechos consuetudinarios al agua, ya que las formas consuetudinarias de usos al agua en general deriven de otras, antiguamente utilizados, de manera que la definición actual de los derechos consuetudinarios de agua en los Andes lleva raíces tanto de la época incaica -ya que es la mejor documentada- como de la época colonial y republicana (véase Gelles 2000, Sherbondy 1998).

Y finalmente la misma interpretación histórica puede enseñar cómo los derechos al agua actuales son el resultado de cambios históricos. En esos cambios o quiebres económicos, que muchas veces van en conjunto con fuertes cambios de las corrientes políticas en general, y de las políticas públicas hacia el sector indigenista en especial, se observa varios trasposos del derecho al uso y la gestión de agua, de un grupo social al otro y podemos reconocer, además de los permanentes estrategias de conflictos y la búsqueda de consenso, la continua coexistencia de varios sistemas normativos que los regulan.

Por cierto que las historias de las aguas indígenas, en su mayoría, son historias aún no escritas, y por cierto es difícil recopilar una imagen completa, debido a los escasos fuentes originales, no obstante la reconstrucción histórica, aún fragmentada, de los derechos de uso al agua es una pieza indispensable en el desarrollo de futuras políticas públicas que se centran en la equidad, justicia y sostenibilidad de sistemas de gestión de agua.

III. Los desafíos político-legales en materia de protección de los derechos de aguas de las comunidades indígena-campesinas

En el último capítulo trataremos en una primera parte enfocar a través de un análisis émico los problemas y desafíos recurrentes en el tema de la incorporación de un derecho consuetudinario indígena al agua en las legislaciones nacionales actuales. Veremos que en muchos casos en la realidad andina no se trata de "el derecho de uso al agua" sino de "los derechos de uso al agua", es decir, que las definiciones y prácticas sociales varían según lugar y contexto (social, político e histórico). Sin embargo, hay elementos en comunes de los diferentes derechos local practicados al agua, que en una buena gestión integrada, y siendo absolutamente realista- pueden ser incorporados y regulados.

En las actuales esferas de conflicto los pueblos indígenas se enfrentan con un magnitud de actores, externos e internos. La segunda parte nos dará una idea del futuro enlace entre las culturas étnicas en conflicto y la demanda a una eficiente política minera y

ambiental en los países andinos. Sin olvidar, que también la noción de un derecho prioritario o exclusivo de los pueblos indígenas tienen que ser elaborado, según y por cada caso de estudio, con la máxima precaución de no generalizar y lograr la mayor participación de los afectados mismos de una norma jurídica.

En la tercera parte se pretende indicar algunas pistas para las futuras políticas públicas en torno al fortalecimiento de la autogestión indígena en torno a los recursos hídricos. También decidimos integrar algunas de las propuestas y modificaciones a las legislaciones de agua en los países del estudio, enfocando los temas de participación (decisiva), equidad (justa) y flexibilidad (jurídica) de la gestión de agua.

Y, finalmente, trataremos de destacar "puntos de encuentro" entre el derecho consuetudinario indígena y los principios modernos de la gestión de agua, de manera que haya la máxima cantidad de antecedentes legales y culturales a nuestro servicio, para poder elaborar un catastro preliminar de derechos indígenas de agua, tarea que abordaremos en las conclusiones, y dejar marcados y definidos los nuevos principios y elementos para la futura gobernanza del agua en el anexo.

3.1 Problemas de la incorporación de los derechos derivados de usos consuetudinarios de agua en materias de las políticas públicas

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

Vimos en secciones anteriores la tendencia por parte de los gobiernos latinoamericanos a crear regímenes legales de propiedad privada modelados e inspirados en los sistemas legales europeos, y declarando como propiedad estatal grandes extensiones de recursos naturales. Las leyes locales preexistentes, si es que han sido reconocidas, eran y son vistas como un obstáculo para el desarrollo del país. No obstante, uno de los temas más importantes de las políticas nacionales que regulan el acceso y el manejo de recursos naturales es la búsqueda de regímenes de propiedad adecuados, que aseguren un uso más eficiente y un manejo sostenible de los recursos naturales y una distribución del acceso a los recursos más justa y equitativa (Benda-Beckmann y.o, 1998).

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

pluralidad legal, las normas estatales adquieren significado al momento de su interpretación, aplicación y manipulación en los espacios sociales involucrados.

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

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

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

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

En un sentido normativo, las consideraciones del derecho consuetudinario local deben ser reconocidas en sus reglas y prácticas reales y existentes. Pero también hay que tomar en cuenta que la prioridad de reglas y prácticas locales pueden llegar a manifestar, primero un desequilibrio en cuanto a la distribución y el manejo y uso eficiente y beneficioso, y segundo, una estratificación social, ya que con frecuencia los colonos originales (familias de usuarios) poseen derechos más fuertes sobre porciones mayores de recursos naturales que los recién llegados, o viceversa (Benda-Beckmann y.o., 1998).

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

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

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

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

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

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

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

El derecho de aguas que hoy en día rige en las comunidades indígena-campesinas, por ejemplo en el sector de riego comunitario en las alturas de los Andes, se debe comprender a partir y en términos de un conflicto sociohistórico entre formas burocráticas (individualizadas) de administrar el agua y formas locales (comunitarias y colectivas). Estas formas locales de "hacer derecho" han sido constituidas por la historia, la cultura y la tecnología andina, y parten de una lógica interna que mantiene su propia racionalidad comunicativa, que sugiere diseños para la vida y la estructura de la práctica social.

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

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

De acuerdo a Gerbrandy y Hoogendam (1998:81-5) y Boelens (1998:87-92) la importancia de los derechos formales (legales) automáticamente se confronta con una complejidad de problemas conceptuales sobre lo que son o pueden ser los derechos al

agua, porque en contraposición a los derechos formales -que deben ser iguales para todos los ciudadanos o situaciones hidrológicas en un país-, los derechos locales consuetudinarios suelen ser específicos para cada lugar (y a veces por cada grupo social) y, por ende, difieren de un sistema a otro a veces significativamente.

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

1. Los derechos al agua son expresiones de relaciones sociales, que definen quienes pueden y quienes no pueden utilizar el agua. De ahí que los derechos al agua tienden a ser dinámicos y en gran 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 de manejo al agua.
2. A lo largo y ancho de los Andes los derechos al agua normalmente consisten en una faja de derechos, entre los cuales, indudablemente, destaca el derecho al uso y acceso directo de los canales y otras fuentes, pero en la que igualmente tiene importancia intrínseca el derecho a participar en la toma de decisiones sobre la gestión, en su conjunto, la admisión de nuevos usuarios (por ejemplo inmigrantes afuerinos) y la enajenación a terceros (en formas de sanciones o limitaciones). Si bien a menudo se identifican los derechos al agua como el derecho al uso de una determinada cantidad de agua de una fuente, esta suele ser considerada una interpretación restringida. No hay que olvidar, que es la participación en las tareas múltiples de manutención, en los cargos y fiestas rituales en torno a la renovación cíclica y comunitario, en total, el conjunto de actividades que defina explícitamente un derecho al uso del agua, por ejemplo de un grupo familiar. Otro concepto que hay que redefinir a partir 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 conjuga 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 del agua a un nivel individual o familiar, tal como lo define la legislación vigente o la visión modista positiva. Si bien individuos o familiares pueden reclamar el aprovechamiento de una parte del agua, no pueden decidir sobre su uso en el tiempo y en el espacio sin concertar previamente con los demás usuarios. Hay muchos ejemplos de esa "política de convivencia" en los altos Andes peruanos y bolivianos (Gelles, 2000). Así, el agua es un recurso pleno de aspectos colectivos, lo que hace que una gran parte de las facultades normalmente relacionadas con la propiedad de un cierto bien, no se presenten a nivel individual o familiar sino que están relacionadas con el concepto de usuarios (efectivos y beneficiarios en términos ecoculturales). Como máximo, un usuario, como por ejemplo la "cabeza familiar" puede tener el derecho de participar en la toma de las decisiones o ser elegido y cumplir el cargo de un juez de agua local.

3. Existen obligaciones insoslayables que se deben cumplir para mantener el derecho al agua. En los Andes, por lo general, estas obligaciones están directamente vinculadas a

la reproducción de la vida comunitaria, al sistema de riego como tal. Hay una estrecha relación entre la gestión de agua y las demás funciones sociales que se cumplen en las comunidades indígena-campesinas y, a la vez, es una expresión de la visión holística, de cooperación, gestión de recursos y formas de seguridad social propias y comunitarias. Dicho de otro modo, los usuarios de un sistema de riego no sólo se encuentran y se interrelacionan como regantes sino también y, a veces primordialmente, como parientes, vecinos, copropietarios, comuneros o deudores, etc.

4. Las diversas interrelaciones entre usuarios explican también la necesaria flexibilidad que se halla en la aplicación de obligaciones y sanciones vinculadas al respectivo incumplimiento de la "normativa legal local". Aunque existe una lista de sanciones para infracciones de todo tipo (como por ejemplo la ausencia en trabajos de manutención de la acequia o del canal de riego, el incumplimiento de cargo o el continuo endeudamiento de cuotas de agua), en la práctica parece ser igualmente común que su aplicación dependa de la situación, de la persona y la infracción misma, para darse o no⁶⁵.

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.

3.1.2 El derecho en la gestión indígena-campesina del agua

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

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

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

⁶⁵ Gelles (2000) comenta, de manera muy meticulosa, el caso del pueblo Cabanaconde/Perú, al interior de Arequipa, donde a pesar de la existencia de varios sistemas de gestión de agua superpuestas e interrelacionadas, y a pesar de un continuo empeño por parte del Estado de implementar únicamente el sistema de tarifas de agua y modernizar del riego con instalaciones de grande presas y canales modernos, los sistemas de manejo de agua tradicionales (preincaico, incaico, colonial y republicano) no han podido ser alternados en su función sociocultural, y mucho más los habitantes recurren a dichos sistemas y sus elegidos representantes (jueces de agua) siempre y cuando el sistema estatal demuestra negligencias o se aplica un sistema de cumplimiento del pago por el agua demasiado rígido y disfuncional. También hay que mencionar casos de "cohecho" y corrupción a nivel personal (por ejemplo, de adquirir más agua de un juez, de no tener que pagar la cuota, de robar el agua por la noche) pero estas infracciones generalmente se descubren al rato y los culpables se sancionan.

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

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

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

Sin embargo, para el análisis exhaustivo de los derechos al agua en las comunidades indígena-campesinas es necesario diferenciar entre los derechos individuales o familiares⁶⁶ y los derechos colectivos⁶⁷ al agua.

⁶⁶ En general el término derecho individual al agua en los Andes, de ninguna es comparable con un derecho titular que prescriben las legislaciones de agua, ya que se refiere primero a los derechos familiares, de los ayllu, en contraste con el nivel colectivo del grupo de usuarios: Por consecuencia, este derecho individual o familiar no se refiere a derechos individuales propiamente tales, es decir de un miembro específico de la familia.

⁶⁷ 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.

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

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

3.1.3 Riego y distribución de agua en las comunidades indígenas andinas

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

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

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

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

concertación de los diversos actores y pueden mitigarse posibles conflictos sociales (Boelens, 1999).

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

De acuerdo a esta normatividad del riego, los derechos y obligaciones que los regantes han creado a lo largo y ancho de los Andes a través de acuerdos y consensos, durante la construcción y la utilización del sistema, establecen el marco fundamental, que también puede ser considerado un "red de seguridad social" que asegura la sostenibilidad del funcionamiento del sistema de manera coherente.

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

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

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

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

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

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

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

La coexistencia y codeterminación andina (véase Golte, 1980; Golte y Cadena, 1983) simultánea de diferentes sistemas normativos⁶⁸, lleva a la importante cuestión de cuál de ellos tiene mayor legitimidad para estructurar la gestión de los sistemas de riego y resolver los conflictos entre los usuarios.

3.1.4 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 reducida.

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

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

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

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

⁶⁸ Gelles (2000) menciona para Cabanaconde/ Perú que en la memoria y práctica de historia local siguen vigente varios sistemas de distribución y repartición de agua. Por un lado, el sistema dual incaica de los sayas (anansaya - urinsaya), por otro lado el sistema español instrumentalizado por los patricardos poderosos, "el modelo de canto", que fue reconocido por la República (1821-1933) y finalmente el modelo estatal "monetarizado". Como si fuera poco, se junta un sistema informal de acceso libre y incontrolado durante la época de lluvia. Ese "triple modelo actual" ha creado en más de un caso conflictos por concentración y abuso de poderes locales y regionales, robo de agua y "cohecho" institucional.

Hay varios casos en los países andinos donde supuestamente proyectos de desarrollo apropiado de aguas, con otorgamientos formales de títulos, derivan en la destrucción de usos consuetudinarios con efectos negativos para la subsistencia y las pequeñas economías locales de grupos relevantes de población⁶⁹. El caso más frecuente es la destrucción de hábitat pesqueros en pro de derechos de riego y energía. Los usos consuetudinarios destruidos no son considerados en evaluaciones de proyectos ni mucho menos compensados.

3.2 Esferas de conflicto: entre comunidades indígenas, Estado, empresas, y particulares

La lista de actuales conflictos sobre los recursos naturales entre comunidades indígenas y instituciones estatales o empresas transnacionales es larga y compleja.

Según el análisis de la CEPAL, se requiere una mejor comprensión de la lógica mercantilista y una proyección empresarial que sea compatible con valores endógenos que sustentan la identidad cultural indígena. Por tanto se considera necesario estudiar, rescatar y diseminar experiencias con éxito de comercialización y organización empresarial indígena que sean replicables y a la vez sistematizar necesidades a fin de impulsar el autodesarrollo con identidad (Dourojeanni, 1997).

En rigor, la problemática indígena se manifiesta en cinco ámbitos de la política pública, la gobernabilidad, la participación, la educación, el ámbito de territorio, recursos naturales y medio ambiente, y la producción.

Con respecto al ámbito de los derechos a la territorialidad vimos que existen divergencias agudas entre la visión indígena y la republicana-estatal sobre el concepto de tierras bajo el régimen de tenencia individual y sobre el territorio de usos colectivo, que no distingue lo público de lo privado o superficie del suelo. En rigor, estas divergencias reflejan la brecha entre una lógica estatal sectorial y una concepción integral que reconoce la interdependencia y busca unidad (Dourojeanni, 1997).

Sin embargo los estados de la región tienen dificultades en reconocer esta realidad, dada la persistencia de una actitud colonial en los órganos de administración pública y por el enfoque mercantilista y privatizador del actual modelo neoliberal. Si bien las reformas constitucionales en algunos países andinos incorporan el reconocimiento de la pluriculturalidad, excluyen el derecho de los pueblos indígenas a territorios que significan recursos naturales de superficie y subsuelo. Esta situación se agrava en caso de que hayan más actores externos como empresas (trans)nacionales con derechos mercantiles de usos prioritarios. Incluso cuando hay leyes que amparan la recuperación de tierras y aguas indígenas, generalmente falta una instancia institucional y las asignaciones presupuestarias para asegurar la devolución de tierras o pagos de indemnización.

En aquellos países andinos donde se aplican programas de descentralización administrativo-territorial hay desfases entre la municipalización del espacio nacional y la organización espacial indígena.

⁶⁹ 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.

Se parcelizan territorios colectivos y comunitarios en nombre de la modernización agraria; se fragmentan ayllus y marcas ancestrales arbitrariamente entre las nuevas jurisdicciones municipales. La falta de sensibilidad y transparencia de estos programas hace pensar que están dirigidos a crear nuevas cargas impositivas contra los pueblos indígenas.

Queda constatado, que los recursos naturales, biológicos y genéticos ubicados en territorios indígenas son de propiedad, control y disposición de los pueblos indígenas⁷⁰. El debate entre patrimonio deberá ampliarse a considerar el uso de patentes, regalías y otros instrumentos compensatorios por la extracción de recursos situados en territorios indígenas. Además los gobiernos deben incluir y reconocer el papel protector ejercidos por comunidades indígenas en visión integral de las políticas ambientales, asignando recursos para apoyar las actividades de control y manejo sostenible que estas comunidades realizan.

3.2.1 Minería y comunidades indígenas en las cuencas andinas

Todos los informes nacionales sobre la gestión del agua mencionan un conflicto previsible o ya existente: En las cuencas altoandinas⁷¹ surgen y han surgido conflictos por el uso del agua entre las comunidades indígenas y los usuarios del sector minero, que de acuerdo con las políticas vigentes ha sido priorizado en términos de desarrollo económico.

A continuación mencionamos algunos ámbitos de **conflicto ambiental** según los países en estudio:

En 1997 la Contraloría de la República de **Bolivia** ordenó la realización de una auditoría sobre el desempeño ambiental de las empresas municipales que suministraban agua a las ciudades de La Paz, El Alto, Cochabamba y Santa Cruz, estableciéndose que en general el agua en estas ciudades es de buena calidad.

Sin embargo, la mayoría de las plantas industriales no realiza ningún tratamiento de las aguas residuales, lo cual contribuye negativamente a la calidad de agua receptores, originando enormes problemas principalmente en el uso del recurso por las poblaciones ubicadas agua abajo. Prácticamente ninguna de las industrias que descargan sus afluentes líquidos ya sea un río o cuerpo receptor o a un sistema de alcantarillado cumple con los requisitos establecidos por la Norma de Descargas Industriales.

Incluso en muchos acaso no es posible emprender proyectos de aprovechamiento hidráulico con fines de riego o energía, por los altos niveles de contaminación minera, como demuestra el caso de la cuenca del río Pilcomayo.

Por lo anotado, la actividad industrial y ciudadana en las grandes ciudades (La Paz, Cochabamba, Santa Cruz) causa la contaminación de cursos de agua importantes, que luego son utilizados aguas abajo, principalmente en actividades agrícolas. En estos ríos la carga contaminante es extremadamente grande, y se registran valores altos de materia orgánica, por encima de 100 mg/l. No se cuenta con información precisa de las emisiones

⁷⁰ Se destaca el amparo legal del artículo 15 del Convenio 169, bajo el cual los pueblos indígenas deben ser consultados para la explotación de los recursos del subsuelo.

⁷¹ Consecuentemente, cabría esperar que a nivel de las cuencas hidrográficas más críticas en estas materias, se vaya necesitando de la intervención más frecuente de las autoridades del Estado, para resolver los conflictos que se planteen; lo que a su vez podría en forma natural gatillar la necesidad de establecer organismos contralores o de coordinación, descentralizados, a nivel de cuencas hidrográficas.

Es claro que en estos futuros organismos (Corporaciones de Cuencas) tendrían participación los sectores usuarios y el Estado; sin embargo no parece que el público en general pueda tener una participación orgánica, salvo que se generan otras presiones por parte de la sociedad, que hoy día prácticamente no existen. Hace falta para esto último, ciertos cambios de actitud y valores de la población que podrían lograrse a través de, fundamentalmente, la educación (Brown/ Saldivia 2000; CEPAL 2000; Dourojeanni 1994, 2001a).

contaminantes hacía las aguas superficiales por la minería de socavón, además del drenaje ácido de la minería a tajo abierto. Muchas de las minas están ubicadas en la alta montaña donde hay poca perspectiva de hallar aguas subterráneas (Mattos, 2000).

También en el **Perú** el agua es un insumo elemental para el sector minero que genera el 12,59% del PBI nacional. La mayor concentración de plantas de mineral se ubica en la vertiente del pacífico, las mismas que procesan la mayor cantidad de mineral tratado. El uso total de agua a nivel nacional es de 207 Hm³, para 257 plantas que procesan 120.111.959 TM/ día, de las cuales 164 se ubican en la vertiente del pacífico. El uso minero no se encuentra adecuadamente controlado por las autoridades, siendo el índice de afectación por descargas de relaves preocupante en las cuencas de los ríos Mantaro, Acarí, Locumba, Cañete, Moche.

El sector **minero-metalúrgico** emplea un volumen anual de agua de 114.0 MMC, para fines de control de polvo, refrigeración, acarreo y evacuación de residuos, en forma de **los denominados “relavas” que en la mayoría de los casos son descargados en los cursos naturales de agua superficial**. Las descargas de relavas mineros son variables a lo largo del año, por ejemplo el río Locumba recibe 51 MM/ año y el río Rimac 16 MC/año.

No obstante, la información sobre los efectos medioambientales originados por la contaminación del agua es muy limitada. Solamente los resultados puntuales revelan que es un problema relevante. Así por ejemplo en el departamento de Cajamarca están contaminados los suelos y cultivos en la campiña de Bambamarca, por efecto del escurrimiento superficial de las canchas de relaves pertenecientes a las minas de Hualgayoc (Nuñez Timoteo, 2000)⁷².

En **Ecuador** en la sección de usos ya se manifestó que la calidad de las aguas superficiales, aguas abajo de las concesiones mineras era alarmante, principalmente por la contaminación de cianuro y mercurio, metal utilizado en la separación del oro de la roca duramadre, especialmente en las zonas auríferas de Ponce Enríquez, Portovelo – Zaruma, Santa Rosa y Nambija. La consecuencia de la contaminación del agua por las actividades mineras no es solo la pérdida de la biodiversidad. También significa que la población de la región pierde un recurso económico.

Para **Chile** existen estimaciones que señalan que hay más de 1.100.000 ha de suelos con diferentes grados de problemas de drenaje, limitando la explotación agrícola. Por ejemplo en el norte grande y chico existen importantes procesos de salinización en diversas cuencas (San José, Camarones, Copiapó, Huasco, Elquí, etc.). Casos críticos ilustran esta situación en el valle de Azapa, en el extremo Norte del país, donde se ha incrementado progresivamente la salinidad de las aguas subterráneas a medida que se han incorporado nuevos suelo, en la cuenca del Río Maipo, donde se ha producido un incremento de los nitratos en las aguas subterráneas debido al riego con aguas servidas.

⁷² Otros ejemplos se encuentran en el departamento de La Libertad, en el valle de Santa Catalina, donde las aguas del río Moche transportan un volumen total de descargas mineras igual a 2.168.368 MMC/año, afectando aproximadamente 500 ha, deterioradas por acumulación de bases de sodio y aluminio. En la cuenca del mismo río hay 3.000 ha de praderas naturales en proceso de deterioro debido a la contaminación de los relaves, arrastrados por aguas de lluvia. En el departamento de Junín se tiene aproximadamente **21.800 ha de suelos agrícolas afectados por contaminación por aguas de riego** del río Mantaro, las cuales contienen elevadas concentraciones de metales pesados (hierro, manganeso, zinc, plomo) por aguas de drenaje de las minas y evacuación de aguas residuales de los procesos metalúrgicos, principalmente de la Fundación de la Oroya.

En la I y II región del país el recurso hídrico demuestra una gran salinidad, principalmente se emplea aguas subterráneas para el consumo humano. A nivel nacional se ven desestabilizados los ecosistemas marinos por la explotación excesiva de recursos hidrobiológicos, generados por las actividades pesqueras –industriales, pesquera artesanal y las extracciones de algas en los sectores costeros.

Un caso emblemático es la repetida contaminación del río Loa durante los años 1996 hasta 1998 por la gran minería de cobre, como demostraron varios informes técnicos de instituciones independientes. Sin embargo el intendente de la IIa región insistió en el argumento de "causas naturales" debido al fenómeno del invierno boliviano (véase Gentes, 2000:333-37).

De la **minería sustentable** puesta a prueba en los países andinos no queda mucho más que una imagen renovada⁷³. Resultado de la nueva estrategia son las incursiones de las empresas mineras también en las comunidades indígena-campesinas creando fundaciones de beneficencia que contemplan la creación o el apoyo a proyectos educacionales, fondos para actividades variadas, iluminación de calles, campos e implementación deportiva, etc. Generalmente con el objetivo de legitimar la imagen corporativa de la empresa, la fundación lleva el mismo nombre de ésta y el director es, al mismo tiempo, el gerente de la compañía⁷⁴.

Lo que preocupa tanto a las organizaciones ambientales como a las comunidades en juego, es la institucionalización de este tipo de prácticas que nada tienen que ver con la protección ambiental o el derecho a un ambiente sano y no contaminado (Sabatini y Sepúlveda, 1997).

Esta forma de "evitar" conflictos ambientales con la población local y comprar voluntades ha tenido éxito allí donde la información sobre los impactos ambientales no ha llegado con oportunidad.

En aquellos lugares donde las comunidades poseen suficiente información sobre los eventuales efectos para el ambiente y la salud de la población, la resistencia a los proyectos supera en la mayoría de los casos los ofrecimientos⁷⁵ de las empresas. Ello es aún más claro en circunstancias en que las comunidades desarrollan actividades económicas sustentables que se verán seriamente afectados por la producción industrial en cuestión (Padilla, 2000).

⁷³ Para sostener lo dicho recomendamos recurrir la información del Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA, www.realca.net/oca) que tras un monitoreo y una intensa red de casos de conflictos ambientales estudiados a lo largo de los países andinos ha denunciado a menudo que las empresas mineras -en vez de mejorar su gestión sustentable y disminuir el riesgo de los tranques de relaves, por ejemplo- contratan consultoras en imagen, en identificación de las necesidades más sentidas de la población y aspectos sensibles de ésta. Este proceso le permite a la consultora contratada recomendar estrategias de aproximación a la población, ofreciendo lo que en numerosos casos han sido por mucho tiempo demandas legítimas de las comunidades: agua y tierra. El costo de este neocooperativismo es caro para las comunidades: destrucciones de terrenos y afluentes, desecación de napas subterráneas, trastornos del ecosistema y contaminación de ríos, suelos, lagunas, etc.

⁷⁴ Un caso emblemático en Chile es la transnacional La Escondida que incluso ha llegado a ser institución patrocinadora principal a través de la CONADI para proyectos de desarrollo indígena en la región de San Pedro Atacama, al mismo tiempo adquirió la mayoría de los derechos de agua de la comarca sin mostrar cambios de actitud en su forma de explorar los acuíferos extensivamente.

⁷⁵ Muchas actividades económicas modernas son intensivas en capital, pero las fuentes de trabajo no son significativas. La minería es un caso emblemático. Al mismo tiempo las actividades extractivas de recursos naturales se ubican allí donde las comunidades no tienen capacitación para postular a los puestos de trabajo ofrecidos por las empresas.

3.2.2 Falta de eficientes normas y políticas ambientales

Tal como quedó de manifiesto en el capítulo anterior, la legislación indígena y ambiental en la minería se caracterizan por su gran dispersión, falta de sistematicidad, origen generalmente sectorial, presencia de vacíos importantes, generación de superposición de competencias difícil armonización con la legislación minera general.

Una de las características más decidoras de la legislaciones ambientales en los países andinos aplicables a la minería es su tendencia a encuadrarse dentro de la legislación sectorial específica, abordando temas puntuales y no a través de un enfoque global, por ejemplo una visión múltiple de la gestión de agua. Además la legislación ambiental (igual que la legislación indígena, por ejemplo) tiene la tendencia de desarrollarse en forma paralela e independiente de la legislación minera creando a menudo situaciones de confusión al momento de armonizar normas.

Una de las críticas más frecuentes a las legislación ambiental en Latinoamérica es que ha sido construida de forma tal que no ponga en peligro la prioridad gubernamental de incentivar la ejecución de proyectos de desarrollo económico, sea a través de inversión extranjera o nacional (Verdugo, 1998).

Otro aspecto que se menciona con cierta frecuencia al momento de analizar las características de la legislación ambiental aplicable a la minería es la insuficiencia normativa relacionada con el cierre y abandono de proyectos mineros, punto que incluso ha sido por algunos Ministerios de Minería en los países de la región⁷⁶.

Incluso la creciente preocupación ambiental se ha utilizado como excusa para poner trabas al comercio de ciertos productos que, supuestamente, afectan al medio ambiente. De esta forma, las convenciones internacionales de protección ambiental no son vistas como tales, sino más bien como amenazas al desarrollo económico.

En suma, la legislación ambiental aplicable en los países de la región es deficiente. Para mejorarla sería necesario un gran esfuerzo de sistematización de las normativas existentes.

Todo ello indica que tan importante como la generación de legislación adecuada es la estructuración de un sistema de fiscalización moderno, eficiente y eficaz. En este sentido debe fortalecerse la labor del Estado en relación con su atribución fiscalizadora ambiental, y de las organizaciones locales en el control y la mediación de conflictos ambientales. Por eso el debate sobre la reducción del Estado no ayuda al fortalecimiento mencionado y es por eso que este tema tiene complejidades que deben ser abordadas en forma integral. El tema no es reducir el estado sino aumentar su capacidad y eficacia de gestión.

Incluso más, la legislación e institucionalidad ambiental, los objetivos, principios, fundamentos y preocupaciones que dan origen a las normativas, siguen siendo mediatizados por compromisos de ésta con el empresariado o, lisa y llanamente, por una

⁷⁶ Un funcionario del Ministerio de Minería de Chile (SERNAGEOMIN) destacó en un seminario público que "es bien conocido que durante muchos años las actividades mineras tanto a cielo abierto como subterráneo, han hecho abandono total de los terrenos ocupados, donde difícilmente han tenido cabida su aprovechamiento en otras actividades productivas generando variados impactos ambientales negativos. Sin embargo, a pesar de la carencia de regulación en materia de cierre, abandono y rehabilitación de faenas mineras la importancia de estos programas de abandono es que actualmente son reconocidos por todos los actores involucrados; gobierno, empresa minera y comunidad, por lo cual se hace urgente la elaboración de una normativa moderna y eficiente en estos temas a fin de evitar los impactos negativos asociados al abandono de faenas mineras" (Olcay, Luis: Marco legal actual en Chile: Política Ministerial referente a planes de abandono, en: Seminario SERNAGEOMINI/ JICA: Medio Ambiente.- Tecnologías aplicadas para el abandono de faenas mineras. Copiapó, 1997.

adhesión genérica al modelo político vigente, situaciones que redundan en interpretaciones de la ley a su medida (Sabatini y Sepúlveda, 1997).

Sin una política ambiental fuerte y potente, es decir fiscalizada y con responsabilidades civiles y administrativas especiales, con sanciones ejemplares, donde el proceso de evaluación y calificación ambiental tenga el rigor que merece y que permita a la ciudadanía la búsqueda efectiva de justicia ambiental, la cultura y la vida de los pueblos indígenas se transforma en algo desechable.

Justamente, la falta de **justicia ambiental**, derivada a su vez de la desigual distribución de los beneficios económicos, deja en el patrimonio de los más débiles -que son la mayoría en los países de la región- los daños o externalidades al ambiente (mas grandes) y a la salud de las personas, todo esto, con una absoluta impunidad.

Ante daños graves al medio ambiente, las legislaciones sólo sancionan con multas inocuas, que obviamente resultan más cómodas y baratas que modificar los procesos productivos contaminadores. Esta situación ha significado que los empresarios han incorporado las multas en los costos de producción.

Por otra parte, el medio ambiente mismo, a pesar de estar considerado un bien jurídico en nuestras legislaciones, no tiene quien lo defienda. Pero los conflictos ambientales vinieron para quedarse. Agencias ambientales independientes recomiendan a los distintos actores en conflicto desplegar estrategias y recursos a fin de resolver a sus intereses, y en este marco una gestión comunitaria de conflictos ambientales⁷⁷, con el eje articulador de logra protección ambiental que es una herramienta que potencia las posibilidades de la organización local. Además genera la oportunidad de acceder a otros beneficios tales como la revalorización del entorno, mayor conocimiento de los derechos (ambientales, constitucionales, etc.), relaciones comunitarias fortalecidas. En definitiva, una gestión comunitaria de conflictos ambientales crean mejores condiciones para enfrentar futuras amenazas y se potencia propuestas locales para el desarrollo local sustentable.

3.2.3 Puntos de consideración en la creación de un derecho de agua exclusivo o prioritario

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

A más de la ausencia de las políticas de apoyo a las agriculturas familiares indígenas y una política prioritaria para los centros de inversión (hidroenergía, minería y aguas sanitarias) a nivel estatal, existe todavía una confusión en el ámbito legal-funcional sobre los derechos (*de iure*) y las obligaciones (*de facto*) de los usuarios de los distintos recursos naturales, así como los mecanismos y responsables del control a nivel local del cumplimiento de las normas legislativas y reglamentarias. Vimos en el capítulo anterior que numerosas leyes relativas se sobreponen, sin que se establezca claramente la

⁷⁷ Véase OLCA: Guía Metodológica para la Gestión Comunitaria de Conflictos Ambientales. Santiago de Chile, OLCAC/ HIVOS, 1998.

responsabilidad del control de las normas establecidas, incluso más, hay tendencias preocupantes en los sectores mineros de aprovecharse de la coyuntura ecológica y renegarse de sus responsabilidades a través de una "cara verde" creada e inventada por consultoras de imagen (Padilla, 2000).

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

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

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

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

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

Una política equilibrada de manejo y usos de agua debe comprender que, por ejemplo, el acceso al agua para las comunidades altas es también una condición esencial para la protección de las fuentes de agua y no, como contrariamente se ha manifestado, para la destrucción de las fuentes. El interés de los actores indígena-campesinos en proteger las zonas altas, verdaderos reservorios de agua para la producción, no es solamente cuestión de "concientización" (Máteis, y.o. 1998). Dependen, entonces, en primer lugar, de un acceso justo y seguro al recurso, concertado con los otros usuarios del

territorio; y, en segundo lugar, del desarrollo de sistemas de producción intensivos que incentivarán a los regantes a proteger las fuentes de las cuales dependen sus ingresos económicos y la sostenibilidad de todo el sistema de recursos hídricos (Dourojeanni, 2001c; División de Recursos Naturales y Energía, 1987).

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

1. El conflicto del agua para consumo humano o para riego va a obligar a sentarse en la mesa de diálogo a quienes son usuarios de sistemas de riego -indígenas, campesinos, agricultores, haciendas, empresas- y los pobladores urbanos que exigen una mayor cobertura de agua potable. En este sentido, organismos estatales, como el Municipio en conjunto con las comunidades indígena-campesinos juegan un papel importante llamados a buscar los consensos que permitan los acuerdos sobre quienes aportan para cubrir las demandas de agua de consumo humano.
2. Un derecho exclusivo o prioritario de las comunidades indígena-campesinas creará conflictos de envidia y celos por parte de los agricultores y afuerinos, por eso se sugiere mejor formular un derecho colectivo comunitario que no excluya a nivel local los pobladores mestizos o migrantes sino que sea altamente incluyentes y una contraoferta viable y sustentable dentro del modelo estatal actual.
3. Los futuros tratados mineros (por ejemplo entre Argentina y Chile) demuestran que la presión de los centros mineros sobre los recursos naturales (tierra y agua, principalmente) aumentará y paralelamente disminuirán o estancarán las capacidades de entidades locales y nacionales de "respuesta", ya que la política de prioridad económica o ya se asentó o se asentará en las legislaciones nacionales, y las políticas públicas futuras serán cada vez más "políticas de hermandad" entre el capital privado y la mano (invisible) del estado (*private public partnership*, ppp). Además algunos países -como Chile- ya dependen en gran medida de las aguas tranfronterizas, el origen de la mayor parte de los recursos de agua para la actividad minera venidera no se encontrará dentro de su territorio (véase Petrella, 2001; Sabatini y Sepúlveda, 1997).
4. Con respecto esto último es notable -incluso reconocido por agentes del Banco Mundial (véase García, 1998)- que la mayoría de los proyectos hidroeléctricos todavía se enuncian sin tener debidamente en cuenta la relación con las cuencas y sus habitantes en que están situados, ni mucho menos con los respectivos derechos originarios locales que están siendo ignorados. La pregunta es si un mercado de agua proclamado es la herramienta correcta para cumplir una visión de manejo integrado de los recursos hídricos en la cual cada proyecto sea considerado desde la perspectiva de los sistemas hidrológicos, económicos, sociales y ambientales y en la cual se tengan debidamente en cuenta las necesidades de agua de una fuente determinada para todos los usos beneficiosos, incluidos los ecológicos.
5. La conservación de las partes altas y de las cuencas hidrográficas se vuelve una urgencia, pues en este espacio se "corta el queque", ya que se ubican casi la totalidad

de las fuentes de agua que dotan de este recurso a las haciendas, pueblos y centros mineros. La conservación de estas fuentes parte del hecho de obligar (legalmente) y de sentir (socialmente) beneficiosos y sustentables en su existencia (Dourojeanni, 2001b).

6. De acuerdo a Máteis y.o. (1998:101) se debe otorgar a las comunidades de agua -aún en cantidades reducidas, pero bien protegidas- un rol de control, mediación y goce prioritario; permitiría también desarrollar nuevas alternativas productivas en la zona alta, y consecuentemente, limitar la presión sobre los recursos hídricos y disminuiría el abandono y la migración progresiva de las zonas altas. El tema de "conservar (recursos) a cambio de devolución (de recursos y derechos)" es el otro aspecto que obligará a la negociación y al diálogo.
7. Los cambios en el contexto político, tecnológico y económico demandan nuevas formas de gestión e institucionalidad, pero no hay consenso sobre la dirección de este cambio institucional. Existen propuestas que enfatizan que la organización alrededor de la gestión y uso de agua requiere más que una institución estable alrededor de arreglos colectivos a nivel local. Tiene que haber una claridad sobre linderos y la calidad de miembros, una equivalencia proporcional entre beneficios y costos, arreglos de elección comunitaria colectiva, seguimiento y supervisión, sanciones graduales, mecanismos de solución de conflictos reconocidos y un reconocimiento mínimo del derecho (consuetudinario) a organizarse.
8. Hay una interrelación entre las actividades de riego y las demás actividades colectivas de las comunidades indígena-campesinas. Puesto que todas estas actividades se relacionan entre sí, es muy difícil exigir derechos exclusivos o prioritarios de carácter excluyente, hablar de inversiones en riego como inversiones separadas del entorno sociollegal local, como tampoco es fácil desvincular las reglas en torno al riego de todas las demás reglas de la comunidad. El futuro enfoque de manejo de recursos hídricos debe ser más holístico que el actual pensamiento institucional. Se requiere, sin lugar a dudas, de detallar las reglas y derechos consuetudinarios, según caso de estudio (véase Williams, 1983).
9. Las inversiones colectivas no necesariamente se basen en motivos económicos, es decir, en consideración directa del costo-beneficio-externalidades de la inversión. Las observaciones de los comuneros más bien apuntan al deseo de sobrevivencia de la colectividad (comunitaria o familiar) y, en función de esto, la seguridad existencial como razón principal para mejorar los recursos y derechos colectivos existentes o buscar otros. En esto existe la flexibilidad "para paliar y enfrentar" procesos de empobrecimiento (económico) y enajenación (cultural y legal) y convertirlos en procesos de adaptación (de recursos y estrategias modernas) y adquisición (reconocimiento cultural y legal) con formas y sistemas locales, colectivos y comunitarias (Mena, 1998).
10. Así que la llegada de nuevas infraestructuras del sistema hidráulico (lagunas, canales, parcelas cerradas, atajados, etc.) que vienen a cruzar y manchar el territorio de la comunidad indígena-campesina, también implica una nueva zonificación del territorio de la comunidad y como consecuencia final un cambio en el uso de la tierra y del agua. La apropiación del espacio rural cambia, de repente comuneros asociados o comuneros individuales, empiezan a ejercer derechos sobre los usos de la tierra y el agua, donde antes no se hacía. En algunos casos estas apropiaciones y derechos de usos no tienen sustento legal ni consuetudinario, por ejemplo en el caso de que se trate de tierras de ex

haciendas no hay todavía una idea clara sobre las consecuencias de la introducción de las fuentes para la nueva relación de propiedad dentro de las comunidades (véase Oré, 1998).

11. Los usuarios de una fuente a lo largo de los andes mantienen una **reciprocidad contractual** (Boelens, 1999) para sostener un sistema de riego, así que justamente a nivel de las cuencas hidrográficas -donde más conflictos surgen debido a competencias mercantiles, intereses divergentes, poderes diferenciales y usos distintos del mismo agua- hay que buscar y incentivar la mutua colaboración, ya que un efecto paradójico -tanto de un derecho exclusivo o prioritario como de una privatización e individualización de los derechos de agua es muchas veces la monopolización del poder de decisión por la elites y los sectores acomodados y la desarticulación de los sistemas indígena-campesinos. La individualización en zonas de escasos recursos productivos y humanos desanima la inversión personal y colectiva en el sistema y su sostenimiento, ya que los mismos usuarios no-derechohabientes notan que los derechos de decisión sobre la gestión del sistema de agua están en manos "externos" (estatales o privados).

3.3 Algunas indicaciones para las futuras políticas públicas en torno a la preservación de los derechos de agua de los pueblos indígenas

El agua es y da vida, no se puede tratar el tema del agua solamente como un recurso o una mercancía, que juntamente con el aire ha estado hasta ahora fuera de las redes de la privatización; sin embargo, se radicalizan las posiciones a todo nivel para evitar que se negocie con la vida.

Así lo formulan los movimientos indígenas y junto con ellos los movimientos sociales que luchan en contra de la privatización de las empresas públicas de agua y la venidera mercantilización de todos los recursos naturales.

Se habla mucho del lenguaje del Banco Mundial y sus programas para el sector del agua, del éxito de la aplicación del modelo neoliberal en Chile y en Bolivia, del proyecto ALCA y sus repercusiones y de los últimos convenios y acuerdos internacionales a firmar en función a la privatización del agua. Activistas no gubernamentales advierten del doble discurso que "si incluyen el agua en esos acuerdos de librecambio, se vuelve una mercancía como las demás que es disponible para los ricos y escasa para los más pobres. Por lo tanto, debemos seguir recordando a nuestros gobiernos sus responsabilidades con respecto al mandato de hacer respetar el derecho de acceso al agua para todos y todas con una calidad y cantidad suficiente (Mazalto, 2001).

Si bien instituciones financieras como el Banco Mundial financian una magnitud de proyectos hídricos en los países andinos, hay que observar muy bien a las, que más allá de su declarado lineamiento de lograr un manejo integrado de la gestión del agua también ha desarrollado un a política de la colaboración pública privada (*private public partnership*), que en la práctica puede poner en peligro a muchos bienes colectivos como el agua. Hay que estar atento a y contrastar la meta perseguida de someter cualquier elemento del patrimonio común público a la lógica de la apropiación particular, lo que también implica descifrar y desmistificar los lenguajes usados a nivel técnico-jurídico cuando se refieran a la gestión del agua, y recordar a los gobiernos sus responsabilidades con respecto al mandato de hacer respetar el acceso al agua para todos y con calidad y cantidad suficiente.

3.3.1 Fortalecimiento de las organizaciones de usuarios indígena-campesinas

En la actualidad, muchas propuestas legales, políticas e institucionales, tanto a nivel gubernamental como no gubernamental, mencionan la importancia de fortalecer las organizaciones de usuarios de agua dentro de un enfoque de la gestión concertada del agua. El tema de la gestión multisectorial del agua en el ámbito de cuencas hidrográficas por ejemplo figura como término clave en varios documentos escritos, y se cita a menudo en reuniones oficiales que traten el tema del agua.

Sin embargo, hay muy pocos casos en los Andes en que se concretizaron verdaderas plataformas de gestión democrática y multisectorial. Lo contrario, la planificación del agua en Bolivia o Perú, en el tema de los usos, accesos y controles de calidad del agua parece más un caos que una gestión ordenada (Dourojeanni, 2001).

A estos se juntan conflictos y negociación sobre el tema de los marcos normativos, ya que si bien en países como Ecuador, Perú, Chile las regulaciones oficiales definen de manera muy precisa cómo el usuario de agua debe organizarse, cómo tienen que distribuir el agua, de qué manera debe aportar en el mantenimiento de sus sistema de riego también a nivel de la cuenca hidrográfica, estas reglas no se reflejan en la práctica real de los comuneros que muchas veces siguen apegados a sistemas tradicionales de reparto y distribución de agua, y sólo en caso de daños o compensaciones recurren el sistema estatal.

Además es un mito instrumental suponer que con la formulación y legislación de reglas oficiales pueden realizarse los cambios previstos en la gestión del agua; como bien sostiene Boelens (1999) son sólo las acciones de los actores involucrados que pueden convertir los instrumentos normativos en una practica social. Estas acciones y las fuerzas sociales interactúan y generan marcos normativos particulares: mezclas que varían de una fuente a otra, y también de un grupo de usuarios a otro.

También vimos que a nivel de las comunidades indígena-campesinas existe una gran heterogeneidad respecto al contenido o el significado de un "derecho de agua": tiene rasgos muy distintos según el marco normativo que se considera válido, y distintos marcos reconocen distintos mecanismos (Gerbrandy y Hoogendam, 1998). Ahora la desmistificación de los discursos oficiales de equidad, participación y democracia en ámbitos de manejo y usos del agua requiere también pensar, justamente en caso de la regulación de los derechos de agua indígenas, en nuevos mecanismos y instancias de regulación, control y solución de conflictos.

A modo de entender las propuestas actuales se formulan cuadro estrategias de intervención divergentes en la gestión de agua según Boelens/Dourojeanni/Hoogendam, 2001):

- a) el **enfoque estatal** propone adecuar los usos y derechos múltiples al agua según el enfoque el control público sobre la gestión del agua y la adjudicación y adecuación de los derechos de agua. La idea principal es preservar y fortalecer la responsabilidad pública de cuidar que todos los sectores sociales, así como el ambiente, tengan derecho y acceso a los recursos hídricos. En la práctica mucha veces resulta en una imposición vertical de la "reglas de juego" a los usuarios.
- b) el **enfoque mercantil** propone adecuar los usos y derechos múltiples al agua según la descentralización de la gestión y la adjudicación de los derechos mediante la regulación mercantil y la racionalidad de actores individuales. El enfoque se basa en la idea que el libre mercado a través de la competencia entre distintos usuarios y entre distintos usos al agua, sepa destinar y (re)distribuir los derechos al agua al usuario o sector con el

usos más rentable del recurso. El modelo, fundamentado en un enfoque mercantilista y neoinstitucional, defiende la descentralización y privatización de los servicios de gestión del agua y la privatización de los derechos de uso en sí, como en el caso de Chile (véase Bauer, 1998, Dourojeanni y Jouravlev, 1999). Ahora el marco normativo de una gestión del agua que parte de mercado de derechos de agua incluso podría ser beneficioso para los usuarios y la economía en general, siempre y cuando existiera un marco legal y administrativo que efectivamente regula la protección y priorización de ciertos intereses ambientales y comunitarios-colectivos (Solanes, 1996). No obstante en las comunidades andinas podemos contemplar que la mercantilización y individualización de los derechos de agua trae consigo tremendos problemas ambientales y de justicia social, y a menudo tiene un efecto contraproducente a lo intencionado. Especialmente cuando no se establezca prioridades sociales de uso, ni se prescribe el uso efectivo y beneficios de los derechos de agua, ni se le restringe la libertad de las empresa mineras y hidroeléctricas de acumular y especular con los derechos (González-Villareal y Solanes, 1999). Así a menudo los derechos de agua en Chile fueron transferidos a las entidades económicamente más poderosas, en desmedro a las comunidades indígenas en los Andes (Gentes 2001, Hendriks 1998).

- c) el **enfoque de gestión consensual** o de concertación propone adecuar los usos y derechos múltiples de agua según los principios de un uso beneficioso y los derechos equitativos del agua y la conservación el ambiente. Esta propuesta pretende la descentralización de la gestión y la adjudicación de los derechos mediante la regulación por mesas de diálogo. El gran objetivo que se plantea es el ordenamiento del uso del agua en forma concertada y armónica por parte de los usuarios de este recurso. Entonces, no se prefiere el estado omnipotente, ni las reglas del mercado libre, sino la negociación y colaboración entre los distintos actores, muchas veces con intereses divergentes pero mutuamente dependientes, que tienen que llevar a una situación consensuada y beneficiosa para todos (CEPAL, 1999).
- d) el **enfoque de fortalecimiento organizativo** propone adecuar los usos y derechos múltiples de agua según el fortalecimiento de las organizaciones locales en función de control y tomas de decisión para generar un equilibrio entre el poder y las capacidades de los actores involucrados. Este enfoque parte de dos conceptos básicos sobre la dinámica de la gestión de agua: primero, que muchos de los cambios en la gestión de agua no surgen de una planificación integral del recursos, sino provienen de iniciativas colectivas de grupos de usuarios en torno a un interés y objetivo común. Es evidente, que estas organizaciones locales no están capacitadas ni es su fin de tratar toda la problemática de la gestión integrada del agua, aún si tuvieran la intención, sino que se unen para combatir ciertos problemas específicos relacionados con la oferta del agua. Segundo, que la distribución y adecuación de los usos y derechos son procesos de conflicto, es decir duros enfrentamientos entre usuarios individuales y entre sectores colectivos, y que, en la mayoría de los casos no se fundamentan en una negociación armónica. Las comunidades indígenas en los Andes por su trayectoria sociohistórica pertenecen a los grupos menos poderosos y casi siempre sufrieron las consecuencias de un ordenamiento territorial que vino a la par de un reordenamiento de (sus) derechos y usos ancestrales. Muchos estudios muestran la destrucción de los hábitats y la extracción de los recursos hídricos de las comunidades indígena-campesinas en beneficio de las haciendas, los centros urbanos, las empresas mineras y hidroeléctricas, agroindustriales y también de los sistemas de riego falsamente calificados "modernos" con usuarios socioeconómicamente poderosos (véase por ejemplo Boelens y Dávila 1998, Hendriks 1998, Gelles 2000; Mitchell y Guillet 1993, Dourojeanni 1997).

En resumen, el enfoque que más parece adecuado para la lucha por el agua de los pueblos indígenas es el último, ya que busca incrementar el poder de los grupos "con menos voz y voto", para que, primero obtengan la capacidad de defender sus intereses en cuanto a la gestión de agua, y segundo construyen verdaderas plataformas que se movilizan en conjunto buscando alianzas con otros usuarios y habitantes de la microregión, sobre todo cuando la mutua dependencia del agua presenta posibilidades de transacción recíproca y no sólo genera un aumento de contradicciones.

Algunos de los ejemplos comunes de fortalecimiento de las plataformas de interés local menciona el documento inédito de Boelens, Dourojeanni Durán y Hoogendam (2001):

- 1) la lucha colectiva en contra de la monopolización y especulación de los derechos de agua;
- 2) la organización de distintos grupos de usuarios en la parte baja de las cuencas para evitar el robo de su acceso al agua por usuarios en la parte alta;
- 3) la movilización de comunidades indígena-campesinas en contra de la contaminación por las empresas mineras o plantas industriales que vierten sus residuos tóxicos;
- 4) la organización de grupos de usuarios en la parte baja y media de la cuenca en contra del talo de los bosques y la erosión en la parte alta;
- 5) la coordinación entre múltiples sistemas de riego, organizaciones de regantes y/o otros usuarios, para acordar sobre la gestión racional y equitativa del agua en sus territorio, para debatir las consecuencias futuras de las nuevas políticas y legislaciones y para formular contrapropuestas.

Sin embargo, en la realidad sólo una combinación de los elementos principales de los diferentes enfoques puede generar una gestión integral de agua; hay roles para el estado y para el mercado, y hay necesidad de concertación y de fortalecimiento.

"desde esta perspectiva, de planificar e implementar una política integral de agua, es necesario que se generen entidades reguladoras en las que los diferentes grupos de usuarios estén representados, que regulan las reglas al nivel de la cuenca, que resuelve conflictos, que refuerza la colaboración, coordinación y concertación, en vez de competencia mercantil y en vez de regulación burocrática vertical" (Boelens, y.o. 2001:51).

Para los pueblos indígenas en los Andes el territorio -y junto con el todos los recursos naturales- es fundamental, porque no es sólo el título de propiedad individual o colectivo que les preocupa, sino un manejo de forma integral, es decir hablar de territorio es hablar de cultura y sabiduría para manejar los recursos, dentro de estos el agua; por eso los pueblos indígenas andinos buscan participar en la toma de decisiones sobre el agua y no ser solamente consultados.

3.3.2 Las nuevas propuestas de leyes de agua en la región, en su aporte al derecho y uso indígena de los recursos hídricos

A pesar de que se han formulado algunos proyectos de ley de aguas en los países andinos, el tema del pleno reconocimiento de los derechos de usos y costumbres en la gestión del agua sigue pendiente.

A continuación veremos algunos anteproyectos de ley de aguas en los países del estudio que han merecido opiniones a favor y en contra por determinadas consideraciones técnicas y políticas. Su análisis se desarrolla considerando con referencia comparativa los siguientes temas importantes y conflictivo como el marco institucional, régimen de uso de los derechos del agua, régimen tarifario, los niveles de participación de los usuarios y mecanismos de planificación.

Ecuador

Como consecuencia de aplicación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada⁷⁸, se promueven en el país una serie de transformaciones estructurales, que en el caso de los recursos hídricos, buscan básicamente separar las funciones de regulación y normatividad (de exclusividad del Estado), de las funciones de prestación de servicios relacionados con el agua (en proceso de descentralización y participación del sector privado).

El proceso de reforma a la actual Ley de Aguas en Ecuador se inicia en el año de 1994 a través de la Ley de Desarrollo Agropecuario⁷⁹ y sus posteriores reformas⁸⁰, a partir de esta fecha y, en parte, por la presión de organismos internacionales como el Banco Mundial⁸¹ y el Banco Interamericano de Desarrollo⁸², se contratan un grupo de consultores chilenos con el objeto de elaborar una propuesta de reforma a la Ley de Aguas de 1972, cuyas propuestas buscaban privatizar los derechos de uso de las aguas al considerar a las mismas como “bienes nacionales de uso público – solo – mientras están en la fuente natural”⁸³, y en los que los derechos de aprovechamiento se consideraban como reales sujetos al régimen del Derecho Civil, ambos conceptos intrínsecos del modelo de agua chileno (Aguilar, 2000).

La respuesta por la Secretaria General del CNRH y la CONAIE es inmediata y progresiva, se presenta sendas propuestas elaboradas, que coinciden en ratificar el principio de que el agua es un bien nacional de uso público, que no puede ser comercializado y que por tanto su dominio es inalienable e imprescriptible, no es susceptible de posesión u otro modo de apropiación.

Posteriormente, y en base a estos textos iniciales se elaboraron diferentes propuestas⁸⁴ que están asociadas a los diferentes períodos gubernamentales y que obedecen tanta a la visión cultural y global de sus autores, como a los acondicionamientos exigidos por los

⁷⁸ Ley No. 50 de diciembre 28 de 1993

⁷⁹ Ley 54 R. O. S 461 de 14 de junio de 1994

⁸⁰ Reformas del Capítulo VII ‘Concesión del derecho de uso y aprovechamiento del agua’, R.O.-S 504 15 de agosto de 1994 .

⁸¹ Proyecto de Asistencia Técnica al Subsector Riego.

⁸² Programa Sectorial Agropecuario

⁸³ Art.2 de la Propuesta de Modificación de la Ley de Aguas elaborado por el grupo Consultor.

⁸⁴ Los proyectos de Ley de Aguas a ser analizados son: Propuesta de la CONAIE; Propuesta Gobierno Ab. Bucaram; Propuesta CNRH-Programa Sectorial Agropecuario; Propuesta Comisión de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial del Congreso Nacional. Una discusión amplia de dichas propuestas ofrece Aguilar León (2000).

desembolsos de los préstamos internacionales otorgados por el BID y el Banco Mundial a los proyectos que maneja el Ministerio de Agricultura y Ganadería.

A continuación queremos concentrarnos en la propuesta hecha por la CONAIE, ya de a nuestro entender refleja mejor las demandas indígenas a nivel nacional en torno a un reconocimiento de los usos y costumbres en la gestión del agua.

PROPUESTA DE LA CONAIE

Esta propuesta fue presentada oficialmente a la Comisión de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial del Congreso Nacional para su discusión y análisis, en octubre de 1996. A partir de entonces los dirigentes indígenas han desarrollado y participado en algunos talleres nacionales y locales.

Marco institucional

Se mantiene la conformación de la Autoridad Hídrica Nacional (Consejo Nacional de Recursos Hídricos) como un cuerpo colegiado, conformado por dos Ministro de Estado (Agricultura y ganadería, Energía y Minas), un delegado del las Cámaras de Agricultura, un delegado de varios organizaciones indígenas y un delegado del CEDENMA⁸⁵.

Al interior de los integrantes del CNRH se designa un Presidente elegido por consenso, y se pretende descentralizar la administración del agua a través de las Agencias Provinciales de Recursos Hídricos, cuyos ámbitos son provinciales.

Régimen de uso de los derechos del agua

En la propuesta de la CONAIE se mantiene el dominio estatal de los recursos hídricos. Al mismo tiempo se establecen el **acceso comunitario preferencia de los derechos de aprovechamiento para las comunidades campesinas y afro ecuatorianas**. Se elabora un orden de prioridad para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento: "a) para consumo humano y uso doméstico; b) para la producción agrícola de productos para consumo interno, y en ganadería de subsistencia campesina y/o indígena; c) para la agricultura, ganadería, piscicultura y otras afines de carácter industrial; d) para actividades industriales, energéticas y mineras; e) para otros usos⁸⁶.

El borrador indígena reconoce el **derecho de utilización de las Aguas Sagradas a favor de los pueblos y comunidades**⁸⁷. En el borrador de ley de la CONAIE se establecen tres tipos de concesión de los derechos de aprovechamiento: "a) de plazo determinado, para riego y otras labores productivas, que serán de diez años renovables; b) de plazo indeterminado, para consumo humano, uso doméstico y, uso comunitario; c) ocasionales, sobre recursos sobrantes o remanentes"⁸⁸.

Régimen tarifario

Según el borrador de ley la autoridad habrá de definir tarifas por: utilización del agua, protección y manejo de las cuencas hidrográficas, tratamiento de las aguas afluentes, recuperación de las inversiones⁸⁹. Sin embargo, las comunidades indígenas, campesinas y afro ecuatorianas estarán liberada de la obligación de pagar las tarifas de agua potable.

⁸⁵ Comité Ecuatoriano de Defensa de la Naturaleza y del Medio Ambiente

⁸⁶ Art. 31 Ley de la CONAIE, 1996

⁸⁷ Esa demanda, en general, ha sido acogido también por las otras propuestas de Leyes de Aguas.

⁸⁸ Art. 47 Ley de la CONAIE, 1996.

⁸⁹ Art. 85 Ley de la CONAIE, 1996.

Un Fondo Nacional de Riego se encargará de la capacitación, protección y el manejo de los recursos hídricos, y se financia básicamente con impuestos a los consumos especiales, a un porcentaje de las rentas petroleras y el cobro de tarifas.

Niveles de participación de los usuarios

Un mayor participación efectiva y eficiente se pretenderá lograr a través de delegados en los diferentes órganos del CNRH como es su directorio, el Consejo de Apelación y las Agencias Provinciales de los recursos hídricos.

Mecanismos de planificación

Un punto débil quizás de la propuesta indígena es que no establece mecanismos de planificación de los recursos hídrico.

En suma, esta propuesta se basa en las disposiciones de la actual Ley de Aguas; mantiene una exclusiva participación de los usuarios del sector indígena y margina a importantes sectores de usuarios como son el hidroeléctrico e industrial.

La jurisdicción provincial de las Agencias de los recursos hídricos limita una gestión por cuencas hidrográficas. Mantiene una vinculación estrecha con el sector riego al establecer un fondo Nacional de Riego y al regular los procesos de transferencia de los sistemas de riego. Sin embargo, no se establecen mecanismos claros de descentralización de los recursos obtenidos a través de las tarifas.

Perú

En el Perú, las primeras propuestas de una ley de aguas surgieron el año 1993, desde entonces casi todos los anteproyectos se centraron en la privatización de los mercados de agua siguiendo el ejemplo de la normativa chilena.

Eso despertó la atención principalmente de las juntas de usuarios que temen quedarse aún mas fuera de los temas centrales de la economía, ya que en la nueva orientación de la política agraria el eje constituye el mercado, temas como la regionalización y descentralización se postergan, reforzando el centralismo sobre los recursos y decisiones. Además, en relación de equidad las organización social de riego atraviesa actualmente grandes cambios, lo que implica una serie de conflictos internos. La transferencia de los sistemas de riego estatales a los usuarios, más que un producto de una política planificada, es una situación de facto y no el resultado de una estrategia (Oré, 1998).

En 1994 se da a conocer el decreto presidencial 027 que reglamenta la concesión del sector privado de la operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica mayor. Desde esa fecha se viene anunciando una nueva Ley de Aguas, que en las versiones de años posteriores cambio a menudo entre la privatización de los derechos al agua, que en su principal consecuencia generaría la formación de monopolios alrededor del recursos, sea por usuarios individuales o empresas privadas ligadas o no al agro, y con fuerte poder económico en cada zona del país. En consecuencia, los pequeños agricultores quedarían mayormente marginados de este recurso.

El último anteproyecto se publicó en julio de 2001, en el Diario Oficial “El Peruano”, y se titula **Anteproyecto de “Ley de Aguas”**, para recibir comentarios y sugerencias al mismo por parte del Sector Público y Privado, con la finalidad de lograr un consenso en las ideas.

En cuanto a las organizaciones de aguas, se busca que los titulares de derechos de aguas se organicen por uso del recurso, constituyéndose en cualquier “persona jurídica”:

Asociación, Comité, Fundación, Sociedad Civil, Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima (general, cerrada, abierta), Cooperativa, etc. Asimismo, se le da mayor autonomía, teniendo en cuenta, las peculiaridades de su cuenca (art. 39).

Se reconoce la existencia de organizaciones de usuarios de agua, pero dándoles su verdadera dimensión, vinculadas directamente al uso agrario. En ese sentido, se utilizan los términos "Comisión de Regantes" y "Junta de Riego", pudiendo estas últimas conformarse cuando la infraestructura hidráulica de riego es común (art. 40).

Por último se aceptan los usos y costumbres en aguas por parte de las comunidades campesinas y nativas, pero las mismas deben obtener una concesión de aguas, de acuerdo a lineamientos generales contenidos en el presente Proyecto de Ley (art. 41)⁹⁰.

La crítica del asesor regional de la CEPAL Miguel Solanes sobre el reconocimiento de los derechos y usos consuetudinarios a cambio es enfático:

"La legislación sobre derechos indígenas es sumamente escueta. Para empezar no establece que los privados deben respetar los derechos indígenas. Tampoco establece su prioridad, ni su preferencia, ni el principio de que no pueden ser afectados, los usos de facto consuetudinarios, cuando se otorguen derechos de agua. No hay un procedimiento especial para el reconocimiento de estos usos. Este punto debe ser objeto de consulta especial con las organizaciones indígenas. No hay principio de responsabilidad del administrador de aguas por no respetar estos derechos. Además a estar a los términos de la ley pareciera que solo hay derechos indígenas comunitarios y no individuales. El comentarista no conoce la legislación indígena de Perú y sobre este tema sería conveniente consultar un especialista" (Solanes, Miguel 2001)

Bolivia

También en Bolivia brilla por su ausencia la inexistencia de un marco regulatorio de la Administración del agua, que no permitió la formulación de un sistema de recurso hídrico sólido. A través de la historia diversas instituciones públicas se hicieron cargo de la administración del recurso, desde Ministerios hasta instituciones independientes (Mattos R./ Crespo 2000).

Así que, a pesar de las múltiples iniciativas y esfuerzos realizados hasta ahora para lograr la aprobación de una nueva Ley de Aguas en Bolivia que reemplace a la norma ya caduca de 1906, no se ha podido avanzar en ese sentido y seguramente todavía queda mucho camino por andar.

Uno de los temas que se ha planteado de importancia en el proceso de construcción normativa con relación al agua es el de los derechos de pueblos indígenas y campesinos; que incluso ha llegado a concretizarse en una propuesta legal alternativa por parte de este sector. La importancia que ha adquirido el tema del agua en las reivindicaciones de los pueblos indígenas y campesinos se evidencia en el hecho de que este ha sido incluido en los documentos de demandas de prácticamente todas las movilizaciones realizadas durante los últimos años⁹¹.

⁹⁰ **Artículo 41°.- Comunidades Campesinas y Nativas**

"El Estado respeta los usos y costumbres de aguas de las comunidades campesinas y nativas. Basado en ellas promueve la mejora en la gestión del agua. La Autoridad de Aguas otorgará las correspondientes concesiones, con arreglo a esta Ley."

⁹¹ Estos avances en el reconocimiento de las normas indígenas-campesinas se han logrado principalmente por la presión social de las organizaciones indígenas y campesinas, principalmente la Confederación Social Única de Trabajadores Campesinos, la Federación de Colonizadores, la Central de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano, y la Confederación de Mujeres Campesinas de Bolivia/ Bartolina Sisa- y el trabajo de entidades de apoyo como la Comisión para la Gestión Integral del Agua en Bolivia (CGIAB), ya que el

Hasta ahora, la discusión de una nueva Ley de Aguas (que se inició de 1985) ha resultado en la presentación de más de 30 borradores de ley, a través de las cuales se ha ido perfeccionando el criterio común de escasez y necesidad de regulación. La aprobación de la ley permitirá la creación de un sistema formal de administración basado en la cuenca hidrográfica que planifique el uso de acuerdo a los parámetros económicos, sociales y ambientales (Mattos/Crespo, 2000).

La tendencia en todos los borradores ha sido siempre la misma: el Gobierno central opta por una ley que introduzca el agua en el mercado y que el precio de la misma se fije por las reglas de oferta y demanda, mientras que las organizaciones indígena-campesinas y ambientalistas proponen un sistema más regulado y protegido con severas exclusiones. También los criterios son distintos: se insiste en la relación entre sector (de riego, por ejemplo) y la administración según la cual se debería efectuar la división del territorio y la solución de conflictos y sanciones, se rechaza la fijación de tasas y patentes por el uso de agua para las comunidades indígena-campesinas, etc. (véase más adelante).

Como resultado de estas primeras movilizaciones por una Ley de Aguas distinta a la que pretenden codificar las autoridades, se desarrollaron entre 1995 y 1999 dos borradores: la propuesta de 1995 del entonces Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente (MDSMA) y la propuesta del actual Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación (MDCP). Ambos proyectos se lograron a través de un intenso proceso de consulta y coordinación entre los sectores involucrados en el uso del agua, y con el apoyo financiero y logístico de organismos internacionales como la corporación técnica alemana GTZ, la Fundación Konrad Adenauer y el Banco Mundial.

¿Cuáles son los aspectos fundamentales en ambas propuestas?

En síntesis, el borrador de ley de 1995 propone un sistema administrativo semejante al modelo francés, es decir se disponen autoridades de cuenca. Para lograr tal cosa, se divide Bolivia en tres grandes vertientes, cada una contará con una Autoridad de Cuenca que será responsable de la planificación, gestión y usos del recurso dentro del área geográfico de la cuenca. Se crea un organismo de financiamiento de proyectos que obtendrá sus recursos de una parte de las tasas y patentes que se deberán pagar por el uso del recurso. Además se reconocen 17 subcuencas repartidas en las tres principales cuencas. La forma en que se realizan las concesiones son transparentes y no dependen de la discreción de la autoridad, por lo menos para las nuevas concesiones.

El borrador de Ley de 1999 determina como fundamental que las autoridades que administran el recurso deben depender de cada una de las nueve prefecturas (y así elimina la idea de autoridad de cuenca), además detalla las actividades de las autoridades así como de la estructura administrativa a nivel de Prefecturas y Municipios: El tema de las concesiones no es detallado y se menciona que será determinado en el reglamento respectivo. Esto introduce grandes incógnitas sobre el giro que podrá tomar la ley, una vez

Estado ha intentado más bien limitar a mera formalidad y declaraciones intrascendentes los contenidos de leyes y disposiciones que les favorecen en razón de la orientación privatista y de mercado sobre los recursos naturales. Lo anterior hizo evidente en Abril del 2000 cuando sólo después de la denominada „Guerra de Agua“ en la ciudad de Cochabamba –donde se trató de privatizar el servicio de agua potable, acto que provocó el repudio de las organizaciones de regantes y de usuarios en general- el gobierno accedió a modificar varios artículos de la Ley No. 2029 de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, para incorporar normas que reconocían los derechos de „uso y costumbre“ de pueblos y comunidades indígenas-campesinas.

realizados los reglamentos y su aprobación puede tomar mucho tiempo si es que no logra ser concertado.

Los dos borradores coinciden en el punto que es de prioridad asegurar el derecho de uso por medio de concesiones o licencias de uso.

Ahora bien, los derechos de los pueblos indígenas se contemplan en las propuestas de ley de agua, aunque la demanda de estos grupos no se ajusta a la política de apertura económica del país. Los derechos consuetudinarios se respetan tanto para el caso de agua como para el caso de la tierra, sin embargo los grupos indígenas reclaman la exclusión de sus miembros y comunidades de los mecanismos de mercado y por lo tanto del sistema tarifario⁹².

Así que a pesar de que se reconoce la importancia de contar con un nuevo marco legislativo sobre el tema del agua, debido a lo polémico, complicado e incluso conflictivo que esto resulta su tratamiento se encuentra actualmente acaparado y congelado. Por esta razón se ha considerado que una posible solución sería considerar primeramente las políticas estatales con relación al tema agua y en base de estas plantear recién las reformas legales (Bustamante, 1995).

A continuación analicemos la propuesta de la CIDOB, CSUTCB, CSCB y FNMCB-BS sobre la Ley de Aguas⁹³, destacando brevemente las diferencias con las propuestas estatales:

Objetos de la Ley de Aguas:

Se promueve el manejo sostenible e integral de las aguas, que parta del hecho que no se puede legislar sobre el agua sin reconocer que durante siglos las comunidades indígenas y campesinos de la región vienen manejando este recurso según sus usos y costumbres. El borrador establece y garantiza la participación efectiva y eficiente de los usuarios.

Derechos de agua:

El borrador de Ley de aguas afectará sobre todo a las comunidades, colonias y pueblos indígenas, ya que la zona rural se considera tan importante que la urbana: por eso se instala desde un principio que se respete y garantice los derechos comunitarios locales conforme a la Constitución Política (art. 171) y el Convenio 169 ratificado (art. 1, borrador indígena-campesino).

El borrador reclama que la Ley de Aguas del gobierno no parte de reconocer esta realidad que abarca a casi 80% del territorio nacional y la mitad de la población nacional.

⁹² 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 y no 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. Según los expertos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL la Ley de Exportación de Aguas puede llegar a traer grandes problemas para los usuarios locales, en su mayor grado indígenas.

⁹³ Se trata de un Documento de discusión y consulta que fue publicado en el Boletín Tunupa, No. 2, Fundación Solón, La Paz, mayo de 1999.

En el proyecto del gobierno, todos los que usan y aprovechan una fuente de agua deben tramitar una concesión ante la Superintendencia de Aguas. Por consecuencia, no reconoce a quienes usan fuentes de agua con fines sociales. Los campesinos e indígenas proponen un régimen diferenciado que -impidiendo las especulaciones empresariales- reconozca y registre su derecho comunitario de aguas⁹⁴ (art. 6 y 7) y, por otro lado, establece el trámite y la entrega de Autorizaciones para usos específicos y empresariales.

En el proyecto del gobierno hay que demostrar la propiedad de la tierra para obtener una concesión (art. 21). Una lógica que puede llevar a una individualización, y por consecuencia, aumentar las "guerras de agua". A diferencia, el borrador de ley de las organizaciones indígena-campesinos considera que las fuentes de agua en el campo son administrados en su amplia mayoría de manera colectiva y comunitaria. No permite que el propietario de una parcela donde nace la fuente de agua se apropie de la misma (art. 7, borrador indígena-campesina).

El registro del derecho comunitario de aguas "se realizará de manera electiva, gratuita e inmediata, sin permitir registros individuales (...) y representados por las autoridades legítimas locales, (...) en forma conjunta por todas las organizaciones comunitarias y pueblos indígenas que acceden a una misma fuente de agua (...), y los registros del derecho comunitario de aguas tienen el mismo valor jurídico que cualquier tipo de Autorización de usos" (art. 7).

Con esto se trata de evitar que las comunidades, colonias y pueblos indígenas caigan presos de la burocracia, las colas y los trámites interminables para registrar las fuentes y la forma de uso del agua, que por siglos han manejado. Con la experiencia del saneamiento de Tierras Comunitarias de Origen que exige una serie de requisitos y pasos que duran años, los campesinos e indígenas proponen que, en base a los documentos que estarán a su alcance, se proceda a hacer el registro de su Derecho Comunitario de Aguas en la Subdirección regional de Cuencas Interdepartamental.

El objetivo es claro: otorgarle seguridad jurídica a los que tienen un Derecho Comunitario de Aguas.

Principios del agua:

El objetivo central del proyecto del gobierno es crear un "mercado de concesiones de derechos de agua" (art. 2). Es una concepción privatista y mercantilista que permite la venta, compra, hipoteca y transferencia de las concesiones, método ya aplicado en Chile. Al contraponer esta norma el borrador de ley de los grupos indígena-campesinos rechazan la concepción mercantilista y privatista (sobre la concepción social, cultural, ritual y ecológica) del agua y se pretende prohibir el agua como objeto de apropiación privada ni disposición social (art. 16).

Planificación y autorización del uso del Agua:

La propuesta indígena-campesina establece varios usos del agua (consuntivo y no consuntivo) y establece una diferencia entre las cooperativas vecinales o juntas barriales de agua que se asocian para obtener y distribuir el agua, y las empresas de servicio que tienen como objetivo la ganancia y la rentabilidad de su inversión.

Además propone diferenciar el uso comunitario del usos empresarial a nivel agrícola, pecuario y forestal. La propuesta del gobierno que crea el uso y las concesiones para la navegación fluvial, lacustre y la flotación es rechazada, ya que el concesionario para la navegación de un río podría cobrar a otros por el transporte fluvial.

⁹⁴ "El derecho comunitario de aguas es de carácter colectivo, imprescriptible (perpetuo e indefinido), inalienable, inembargable, indivisible, no se puede vender y no se paga ningún tipo de patente ni impuesto" (CIDOB, Ley de Aguas, Documento de discusión y consulta. La Paz, abril 1999:art. 7).

El borrador indígena-campesino habla de autorizaciones de uso que, a diferencia de las concesiones que prepone el gobierno, no podrán transarse libremente en el mercado (art. 8), y se exige un plan de manejo del recurso agua, a cambio el proyecto del gobierno no exige ningún tipo de plan o estudio para otorgar una concesión. El plazo de duración de cualquier autorización de uso en ningún caso podrá ser superior a los 20 años, el gobierno plantea 50 años renovables para las concesiones. Las empresas agropecuarias tramitarán su Autorización de Uso ante la Dirección regional de Cuenca Interdepartamental (art. 18). Las demás empresas o harían ante la Dirección Nacional de Aguas, y si se trata de grandes proyectos deben contar con una aprobación mediante Ley del Parlamento.

Las plantas hidroeléctricas también deben solicitar una autorización de usos, ya que si bien no contaminan el agua (usos no consuntivos), pueden sobrecalentarlo, causando daños en la flora y fauna alrededor (art. 10). Cuando se contamina no solamente se debe pagar una multa al Estado (tasa de contaminación) sino que también se debe indemnizar y resarcir el daño causado a los afectados (art. 12).

En la propuesta indígena-campesina, si uno quiere cambiar el uso, debe tramitar una nueva autorización, el rol de controladores de los usuarios es reforzado, principalmente en el ámbito de las restricciones de un usos otorgado "(...)los pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias controlarán activamente las actividades de extracción, explotación y usos de aguas subterráneas (art. 13).

La propuesta indígena-campesina consta explícitamente que los usos y costumbres pueden variar entre regiones y comunidades pero, en todos los casos, implican normas muy definidas que abarcan: i) el derecho de usar del agua o parte de ella (mitas, turnos, etc.); ii) el uso de la infraestructura; iii) la participación en la toma de decisiones; iv) varias obligaciones como mantenimiento de infraestructura, actividades de distribución y participación, asumir cargos, etc.. En rigor se pretende codificar dichas normas y costumbres en conformidad con el artículo 171 de la Constitución Política del Estado y el Convenio 169 de la OIT ratificado por la ley 1.257 (art. 14).

La propuesta indígena-campesina propone una organización en función de criterios técnicos que hacen la realidad del país. Los recursos hídricos de Bolivia están divididos en tres grandes cuencas nacionales y 17 cuencas interdepartamentales: Una organización por cuenca interdepartamental permitirá un mayor control y manejo del agua (art. 18).

El objetivo del Plan de Manejo de Recurso Agua es evitar que se regalen los recursos naturales, tal cual ocurrió con la mayoría de las tierras del Oriente y los grandes bosques que están en manos de especuladores o depredadores de la naturaleza. De esta forma, el Plan de Manejo del Recurso se considera también un requisito que se encuentra en la ley Forestal actual.

Prioridades en el uso del agua:

Al igual que la propuesta del gobierno, el borrador indígena-campesino crea prioridades del uso del agua para el consumo humano (áreas urbanas y rurales sin distinción), el uso agrícola, pecuario y forestal comunitario y los demás usos según las características específicas de cada región (art. 5, borrador indígena-campesino). Al contrario que la propuesta gubernamental no señala que "el uso minero" (art. 12, borrador gobierno) se registrará por el Código Minero que le permite, en rigor, disponer de las aguas de su pertenencia minera sin necesidad de tramitar una concesión.

La propuesta indígena-campesina plantea que la vida de las comunidades, pueblos indígenas y poblaciones en general es también de utilidad pública -igual que las actividades mineras, petroleras, hidroeléctricas y otras- y no puede ser considerado inferior de los intereses empresariales (art. 16).

Resolución de conflictos:

Artículo 18 del borrador indígena-campesina destaca que "dentro de las colonias y comunidades indígenas campesinas, pueblos indígenas y originarios, organizaciones campesinas de regantes y juntas vecinales, los conflictos serán resueltos de manera interna según sus usos, costumbres y servidumbres por sus propias autoridades".

El objetivo es que los litigios entre comunidades y terceros no vayan a la justicia ordinaria, como proponen el proyecto ley del gobierno, sino que se resuelvan por la vía del consenso, la reconciliación y el arbitraje. Según el borrador, primero las partes en conflicto tratan de resolver sus diferencias a través de la conciliación. Para ello pueden nombrar a un conciliador. Si las partes no se ponen de acuerdo, entonces designan a un árbitro con el que ambos coincidan. El arbitro escucha a las partes, estudia el caso y emite un laudo arbitral que es inapelable y se considera como cosa juzgada. La propuesta del gobierno también plantea como una vía alternativa a la justicia ordinaria la conciliación y el arbitraje, pero señala que le Prefecto será el arbitro que definirá en última instancia. Las "reglas del juego" entonces están prescritas.

Chile

Desde 1992 en adelante se han propuesto algunas modificaciones al Código de Aguas⁹⁵, de modo de fortalecer algunas funciones de la Dirección General de Aguas y propender a un uso más eficiente y equitativo del recurso, y asimismo asegurar la sustentabilidad del uso del agua en el largo plazo, y la sustentabilidad de ecosistemas relacionados con el agua.

Sin embargo, la institucionalidad del agua en Chile no está configurada de manera tal que propenda a una gestión integrada de los recursos agua, suelo, vegetación y medio ambiente asociado (véase Dourojeanni 2001a). En efecto, a la DGA, la ley no le entrega atribuciones en esta materia. Por otro lado, existen otras instituciones del Estado que se preocupan, por un lado de los recursos suelo y vegetación: y por otro lado del tema medioambiental (CONAMA). En lo que se refiere a contaminación del agua, el Estado le entrega labores de fiscalización a otra institución diferente, el Servicio Nacional de Salud.

Pero eso no es todo, aún existen varias instituciones más en materia de agua que tienen que ver con los cauces superficiales, o con los cuerpos de agua continentales, proyectos de aprovechamiento de aguas (agricultura y riego), control y regularización (pe la Superintendencia de Servicios Sanitarios con respecto a agua potable y evacuación y tratamiento de aguas residuales domésticas), hidroeléctrico (Comisión nacional de Energía). La ausencia de una gestión integrada de las aguas genera mayoritariamente problemas en las cuencas.

Marco institucional y legal de las modificaciones:

Dentro de las acciones de corto plazo sobre el marco vigente, existen iniciativas de modificaciones legales del Código de Aguas que incidirían en favorecer la gestión integrada (p.e. el reconocimiento explícito de la interrelación entre aguas superficiales y subterráneas en una cuenca).

⁹⁵ Para una crítica general del Código de Aguas vigente, se recomienda recurrir a Dourojeanni/ Jouravlev (1999).

Por otra parte, se presenta la elaboración, aprobación e implementación de Planes Directores, que coordinan al sector público regulador e inversionista y el sector privado, buscando generar iniciativas con propósitos múltiples entre los diferentes sectores participantes (por ejemplo Corporaciones Administradoras de Cuencas entre CDA y otras instituciones del estado)⁹⁶.

La discusión sobre proyecto de las modificaciones en Chile ha ocurrido hasta el momento con pleno exclusión de las comunidades indígenas.

Hubo un leve comienzo de poner en práctica una participación efectiva de los usuarios a través de la realización de tres simposios a nivel del país, que debían recoger los comentarios y falencias acerca del contenido y la característica de la "nueva" política nacional de recursos hídricos. Para eso la Dirección General de Aguas elaboró un modelo con principios, objetivos, líneas de acción y desafíos, y los tres seminarios entregaron únicamente su opinión acerca de dicho marco general.

Una contrapropuesta -como vemos en el caso de Ecuador o Perú- por parte de las organizaciones de usuarios o comunidades indígenas no se ha efectuado hasta la hora.

Las principales modificaciones propuestas son el establecimiento del pago de una patente a los derechos de agua constituidos y cuyos dueños no los utilizan, incorporar la obligación de justificar la cantidad de agua que se solicita, de tal forma que exista concordancia entre los caudales pedidos y los fines invocados por el propio peticionario, facultar al estado para limitar o denegar una nueva solicitud de derecho de aprovechamiento cuando existan razones de bien común perfectamente identificadas, y garantizar que se respeten caudales mínimos ecológicos en la constitución de nuevos derechos.

Con estas modificaciones se pretende generar una situación de mayor equilibrio entre las dimensiones sociales, ambientales, económicos y culturales del agua, sin poner en riesgo las ventajas de los mercados de agua ni de la legislación vigente (véase Dirección General de Aguas, 1999).

3.3.3 Vías de reconciliación entre derecho consuetudinario indígena y principios modernos de la gestión del agua

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

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

⁹⁶ Todas las formas de administración existentes están contenidas en la estructura nacional; **no existe una administración internacional en las cuencas compartidas con otros países.** Esto ha generado algunos conflictos en la zona de mayor escasez del recurso, en las regiones I y II, donde existen ríos (p.e. Silala) que nacen en Bolivia y van a desaguar a Chile, o viceversa.

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

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

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

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

Con respecto a los derechos de agua, hay propuestas⁹⁷ de aislar y codificar estos elementos de un derecho consuetudinario indígena que son esenciales para la existencia perpetua de los estilos de vida locales y asegurar que se permanezcan en el "dominio comunitario colectivo" sin posibilidad de interferir por parte de la burocracia. Todos los

⁹⁷ Véase la propuesta de Sandford (1989) para las tribus aborígenes de Australia. Es importante mencionar que las regiones y pueblos indígenas y campesinos no son comparables, y que la propuesta de Sandford tiende a ser muy "tradicionalista", "estática" y "positivista".

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En fin, si se pretende apropiarse derechos consuetudinarios en regímenes formales de agua, existe el problema de que un sólo un sistema de derecho consuetudinario local de agua puede contribuir a la formación de una escuela de abogados, los cuales siempre querrán defender su "prototipo de derecho consuetudinario".

Esta tendencia de nidificación (*nesting*), ¿se puede disminuir de manera que se regula y especifica dichos usos de los derechos consuetudinarios?. Esta interrogante importante debe ser considerada, y tienen que ver con la pregunta más general: ¿es viable la coexistencia y co-codificación de ambos sistemas -estatal positivo y consuetudinario-?. Los defensores de esta idea anteponen algunos ejemplos exitosos en otros lugares del mundo⁹⁸.

⁹⁸ 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 tallados para las necesidades socioeconómicas específicas de la localidad: Además las dos sistemas están virtualmente imposibles de ser copiados en otro lugar, no obstante comparten las atribuciones intrínsecas de un derecho comunitario del recurso hídrico.

II. Parte: El caso chileno

En la actualidad se observan, por un lado, en el sur de Chile agudos conflictos entre empresas madereras, comunidades indígenas y instituciones estatales sobre la propiedad de la tierra y la gestión de los recursos naturales. En las tierras afectadas, los regímenes de derechos de propiedad han ido cambiando en su historia, variando entre diferentes conceptos de propiedad individual y colectiva, con diferentes grados de consagración en leyes formales.

Por otro lado, en el norte de Chile, las comunidades indígena-campesinas, tienen su propia dimensión para un conflicto de aún "baja intensidad". Allí el litigio se da con las empresas mineras y una legislación minera y de agua, que, a partir de los años 80 del siglo pasado, ha resultado en la creciente enajenación de los derechos consuetudinarios al agua de muchas comunidades.

Este dramático crecimiento del conflicto en el área sur del país ha ocasionado un deterioro en las relaciones entre el Estado y las comunidades indígenas en conflicto. Al mismo tiempo, ha generado una gran presencia pública del tema y un debate sobre el carácter de las presentes y futuras relaciones interétnicas y interculturales existentes en el país, y sobre la necesidad de inclusión social y cultural de los pueblos indígenas a través de un fortalecimiento de su autonomía y autodeterminación.

De la misma forma, ha dejado ver, el nivel de pobreza que presentan las comunidades indígenas de todo el país, producto de las pocas tierras que poseen, su falta de capacidad productiva a partir de la baja calidad de la tierra y la escasez de derechos de agua, en fin, de la falta de políticas adecuadas para un tratamiento integral del problema, es decir, aquellas que permitan la reproducción no sólo de su patrón económico productivo, sino que también recojan en su formulación sus demandas culturales y legales (Muñoz, 1999).

Pretendemos dar en este documento una primera evaluación crítica del sistema legislativo chileno referente a la gestión de recursos hídricos y el reconocimiento de los derechos indígenas. Trataremos, en lo posible, posicionar el estatus de los derechos indígenas al agua a modo de ejemplo, describir los procedimientos para su reconocimiento y plantear, de manera preliminar, las perspectivas actuales para un proceso de cambio legislativo en favor de la inclusión completa y el reconocimiento de los derechos indígenas al agua.

Asumiendo estos objetivos principales, pensamos marcar la influencia histórica y contemporánea de la política nacional de aguas en Chile con respecto a los sectores indígena-campesinas. En seguida daremos una resumida descripción del sistema legislativo de los recursos hídricos en Chile, concentrando nuestro interés en i) los derechos de (aprovechamiento de) aguas; ii) las condiciones y criterios para las transferencias de agua; iii) los permisos, obligaciones y sanciones; iv) las prioridades de adjudicación para los distintos usos de agua; y vi) los reglamentos y procedimientos específicos en la legislación de agua.

Una vez concluido este análisis, podemos centrarnos, en una tercera etapa, en las condiciones para el reconocimiento de los derechos indígenas en la legislación de agua. Aquí enfocaremos, a modo de ejemplo, el caso de algunas comunidades indígenas del

Norte Grande Chileno (principalmente aymará y atacameños), que nos muestran implícitamente el actual lugar y el peso jurídico de los derechos indígenas al agua, el alcance del reconocimiento de los derechos indígenas al agua en la práctica y el estatus de la demarcación de tierras y aguas indígenas, proyecto puesto en marcha por la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

Al final, entregaremos brevemente algunos casos (exitosos y negativos) con respecto a la integración de los usos y costumbres indígenas en torno al agua, y el reconocimiento de los derechos indígenas sobre el uso del agua⁹⁹.

4. La legislación oficial chilena sobre los recursos hídricos y los marcos consuetudinarios de la gestión integral de recursos hídricos

El agua, a nivel jurídico, nos abre una perspectiva sobre la historia de la legislación de aguas y, desde el primer *Código de Aguas* del año 1951, sobre la tendencia a la liberalización, es decir, a la privatización de este recurso no renovable¹⁰⁰. En el ámbito del agua, la influencia actual del derecho tradicional indígena, que de acuerdo a Stavenhagen (1990:43), puede influenciar positivamente el derecho occidental en un intercambio interactivo, ha sido relegada a un carácter ritual y simbólico. La *Ley Indígena* de 1993 otorga validez al derecho consuetudinario indígena sólo en caso de litigios entre miembros de una misma etnia - y aun aquí sólo en el marco de la Constitución Política (*Ley Indígena* 1993, art. 54). Este aspecto conduce a que se produzcan numerosos conflictos tanto a nivel institucional - *Ley Indígena* y *Ley de Medio Ambiente* por una parte, contra el *Código de Aguas* y el *Código de Minería* por la otra parte -, como a nivel socioeconómico una creciente migración campo-ciudad de los indígenas y marginalización general del sector campesino. Finalmente, la posibilidad de adquirir libremente "acciones" de agua, tiene como consecuencia la postergación de la demanda de derechos comunales (indígenas) de agua frente a los derechos privados -en este caso, los derechos de las empresas mineras.

En contraposición a ello se encuentra la significación cultural del agua para las culturas sudandinas en general, y de los aymarás y atacameños de las regiones de Tarapacá y El Loa, en particular. El agua es, en la forma de comprender el mundo occidental, un elemento contrapuesto al que uno se enfrenta; en los Andes del sur en cambio, en una comprensión holística del mundo, en que ésta se integra con el ser humano y el entorno, es un producto cultural e inmanente. Un ciclo desarrollado colectivamente, de consumo, sacrificio y renovación, conforma la base de la solidaridad de los pueblos indígenas; solidaridad que, en la actualidad, se perfila en la forma de un discurso étnico, en el marco de un tipo de desarrollo indígena alternativo.

Por otra parte, el agua en las culturas indígenas Aymará y Atacameña tiene validez no sólo económicamente, sino también como un bien cultural, y se encuentra integrada en la práctica de vida como un objeto sagrado, en el todo holístico del trabajo, la reverencia (sacrificio) y la fiesta del agua.

⁹⁹ Quisiéramos reiterar que el presente borrador de estudio debe entenderse como base de un futuro estudio exhaustivo sobre la realidad jurídica de los pueblos indígenas chilenos en cuanto a sus derechos al agua (y tierra), objetivo que se enmarca dentro del estudio WALIR (*Water Law and Indigenous Rights*).

¹⁰⁰ Tampoco Europa permanece ajena a este proceso de privatización del abastecimiento de agua, como lo muestra el ejemplo de Inglaterra en 1989. Ahí se llevó la liberalización y privatización de las empresas públicas de abastecimiento tanto a la postergación de la cuestión ecológica como también a endeudamientos y posteriores cortes de agua a los usuarios. Existen además indicios de que la actitud no cooperativa de algunas empresas y el escaso apoyo a través del sistema de seguridad social, ocasionaron grandes dificultades a sectores de ingresos bajos (Guy/ Marvin, 1996).

5. La codificación del agua en la segunda mitad del siglo XX

En las consideraciones jurídico-históricas, preguntas como la definición y utilización de las propiedades de agua, transferencias de agua y posesión colectiva de ésta, conforman la línea argumental. Los respectivos modelos políticos del Estado chileno en esos años se reflejan en las diversas codificaciones de agua (1951, 1969, 1981). Finalmente, también se analizarán su eficiencia, el rol asignado a las instituciones estatales, y la persistencia en la protección de derechos colectivos de agua.

El *Código de Aguas de 1951* codificó y modificó la legislación de aguas hasta ese momento vigente en Chile, en el sentido de implementar una política estatal de aguas.

De acuerdo a lo señalado por Hederra Donoso (1960:19-22), al *Código de Aguas de 1951* subyacen las siguientes premisas:

La amplitud jurídica del derecho de aprovechamiento, como estaba descrito en los artículos 834-836 del Código Civil, debía ser precisada y definida para fortalecer los derechos individuales de los propietarios; debía definirse exactamente una autoridad jurídica, en el sentido de la uniformación del procedimiento legal de entrega de concesiones; la protección del derecho de agua debía servir tanto al empadronamiento en un registro de aguas, de la recientemente creada Dirección General de Aguas, como también a la inscripción, como parte del derecho de propiedad (protegido estatalmente), en el registro nacional de bienes raíces del Conservador de Bienes Raíces¹⁰¹; interesados y propietarios de derechos de aprovechamiento asumían la responsabilidad sobre el control y distribución del agua al interior de tres corporaciones: la Asociación de Canalistas, las Comunidades de Agua y las Juntas de Vigilancia¹⁰². La Dirección General de Aguas recibió, a través del *Código de Aguas*, tanto la vinculación al Departamento de Riego, al interior del Ministerio de Obras Públicas, como amplias facultades¹⁰³.

¿Cuáles eran los principales aspectos de la nueva legislación? ¿Qué formas de uso legal del recurso agua contenía? ¿Qué control e instancias de protección institucionalizaba el Estado?

Estructuralmente, el *Código de Aguas de 1951* se organizaba en dos libros, de los cuales el Libro Primero contenía 12 Títulos, el segundo cuatro y, en conjunto, 308 artículos. El Título 1 (en el Libro Primero) establecía las *Disposiciones Generales*, definiendo los distintos tipos de agua; el Título 2, *Del dominio y aprovechamiento de las aguas*, declaraba el agua como un bien nacional de uso público o de propiedad privada, en tanto se podía conceder un derecho de aprovechamiento (art. 9)¹⁰⁴. Una excepción constituía el agua corriente que naciera en una propiedad privada, pasara por ella, o constituyera alguna de sus orillas: en este caso se hizo valer el derecho de propiedad de quien ocupaba el predio y sus herederos (art.10). El artículo 12 definía el *derecho de aprovechamiento*, como:

¹⁰¹ *Código de Aguas, Ley No. 9.909, 1951, Título 9, art.235-245.*

¹⁰² *Código de Aguas, 1951, art.81-178.*

¹⁰³ *Código de Aguas 1951, art.7;8.*

¹⁰⁴ "Art. 9.- Las aguas son bienes nacionales de uso público o de dominio particular. En las primeras se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código."

" un derecho real que cae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código."

Junto a ello, el Título 3, art. 23, sobre la *adquisición del derecho de aprovechamiento*, consideraba la entrega presidencial de una merced (ya sea provisoria o permanente) como requisito para un derecho de aprovechamiento¹⁰⁵. Ambas formas, derecho de *aprovechamiento* y *merced*, existían en el *Código de Aguas* de 1951 en forma paralela, en relación a un definición de uso, y más específicamente, a un derecho de propiedad del agua. El artículo 24 limitaba la *merced* a un derecho de aprovechamiento de aguas, en el sentido de un *"ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo, o alternado entre varias personas, y se concederán sin perjuicio ni menoscabo de los derechos anteriormente adquiridos."*

El Título 9, *De las mercedes de aguas en las provincias de Tarapacá y Antofagasta*, establecía en los artículos 58-60 por primera vez, para el acceso al agua, un **derecho de privilegios** para los ferrocarriles estatales y las minas de dichos sectores.

La distribución y control del agua se realizaban a través de las personas jurídicas Asociaciones de Canalistas (art. 82) y Juntas de Vigilancia (art. 159). Todos los dueños de derechos de aprovechamiento, se constituían en miembros de las Asociaciones de Canalistas regionales. A la implementación de un registro de accionistas (art. 98) deberían seguir transformaciones y cambios en el aprovechamiento. Junto a ello se crearon las Comunidades de Aguas, que se forman a partir de dos o más personas que utilizan conjuntamente una fuente de agua artificial (art. 146) y que pueden obtener estatus jurídico a través de su conversión en Asociaciones de Canalistas (art.158). Las Juntas de Vigilancia incluyen a todas las:

"(...) personas naturales, las asociaciones de canalistas, las comunidades de aguas u otras personas jurídicas que en cualquiera forma aprovechen aguas de una misma cuenca o hoya hidrográfica" (Art. 159).

También les compete la administración y distribución del agua entre los dueños de derechos de aguas de una fuente natural, al igual que la vigilancia y conservación del derecho de aprovechamiento concedido (art. 161). Un, entonces formado, nuevo Directorio, entregaba a los llamados *Repartidores de Aguas* (art.174-176) tareas regionales concretas. Junto a ello, la conservación de una suerte de policía de aguas -*los Celadores*- (art. 177) que estaba bajo las órdenes del Directorio y en particular de los repartidores, demuestra que aún se asumen roles tradicionales en el lugar.

El Libro 2, Título 1, trata de la *Concesión de Mercedes de Agua*. En él se establece un plazo de 60 días para la publicación de una **solicitud de concesión**, a través de la correspondiente Gobernación y de la Junta de Vigilancia (art.261), así como también la caducidad de una *merced*, en caso de no ser utilizada en un plazo de cinco años (art. 280). La solicitud de explotación de aguas subterráneas depende directamente del Presidente de la República y en especial de la legislación contenida en el *Código de Procesamiento Civil*. Finalmente, a través del artículo 299, fueron dejadas sin efecto todas las demás leyes,

¹⁰⁵ El artículo 23, inciso 1, del *Código de Aguas* de 1951 señalaba al respecto:

"El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla y ni aun el goce inmemorial bastaría para constituirlo en cauces naturales."

ordenanzas y reglamentos, que se referían a las materias tratadas por el nuevo *Código de Aguas*.

La forma de proceder y las principales definiciones acerca de la propiedad de aguas, al igual que el rol del Estado en el *Código de Aguas* de 1951, se puede esquematizar de la siguiente manera:

El Código legal creó, con la Dirección General de Aguas, un órgano estatal central para la administración de aguas; se implementó una especificación de las solicitudes de derechos de aguas de acuerdo al tipo, objetivo y trabajos de infraestructura necesarios; **se implementó la concesión de derechos provisorios**; los derechos caducados cobraron validez (de acuerdo al orden temporal de las solicitudes); los dueños de concesiones de aguas no podían alterar arbitrariamente la forma del uso, aun más, era necesario devolverla a la Dirección General de Aguas, la que debía decidir sobre la entrega de una nueva concesión; y la Dirección General de Aguas estaba autorizada para quitar los derechos de agua a quienes en un plazo de 5 años no hubieran hecho uso de ellos.

El *Código de Aguas de 1951* implementó, en el marco de una normativa legal liberal, una concesión de administración estatal, que fortalecía más los aspectos privados que los público-legales en el ámbito del agua. Ésta se hizo entonces, comprable y vendible; el empadronamiento en el Registro de Títulos les otorgaba a las personas privadas grandes garantías legales. El Estado creó a través de la Dirección General de Aguas y sus instituciones subordinadas un órgano central de control y administración. Las expropiaciones estatales exigían compensaciones para los dueños de aguas; en las transacciones, sin embargo, las instituciones estatales podían intervenir de manera muy condicionada (Bauer, 1995:41).

El *Código de Aguas de 1969* era congruente con una nueva política económica y social, que comenzó en 1967 con la aprobación de la *Ley de Reforma Agraria* (N°. 16.640) y cuyos objetivos se encontraban en una amplia reforma de los suelos agrícolas y en la estatización de las grandes propiedades. El agua y el suelo se transformaron en parte de las premisas de una nueva política pública, tendiente a lograr un uso eficiente y una distribución más equitativa. De acuerdo a Jensen (1970:8), los objetivos de esa nueva legislación se pueden concretar en los siguientes aspectos:

i) reversión de la concentración de derechos de agua en manos de unos pocos terratenientes¹⁰⁶; ii) imposición de estándares técnicos para el uso de aguas, planificados y administrados centralmente; y iii) mantención del nivel más bajo posible de compensaciones para las expropiaciones de derechos de agua.

El Código debía transformarse en la norma para la cambiante política hidrológica en las regiones, y, por otra parte, conformar una autoridad en normas y principios, según los cuales tanto instituciones estatales como organizaciones privadas debían regirse.

El Título quinto de la *Ley de Reforma Agraria (del régimen de aguas, art. 94-128)* generó las normas para el Código de Aguas de 1969: la totalidad de **las aguas** que se

¹⁰⁶ Para ello, el *Código de Aguas* de 1969, en el artículo 10, declaró propiedad pública todos los derechos de aguas hasta ese momento en manos privadas:

"Para el solo efecto de incorporarlas al dominio público, decláranse de utilidad pública y exrópianse todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la Ley 16.640, eran de dominio particular."

encuentren en el territorio se declararon **propiedad nacional de uso público** (Ley de Reforma Agraria, 1967, art. 94; *Código de Aguas*, 1969, art. 9¹⁰⁷). Los derechos anteriores fueron suprimidos.

El artículo 122 de la ley agraria agregaba otras modificaciones al *Código de Aguas* de 1951; el inciso 3° transformó el derecho de aprovechamiento, establecido por el artículo 12 del mencionado código como parte del derecho de bienes sobre aguas de propiedad pública, en uno puramente administrativo de derecho de bienes sobre aguas de propiedad pública. De ese modo, la competencia sobre conflictos legales fue traspasada desde el derecho civil al derecho administrativo. El fortalecimiento del rol central del Estado queda claro en otros puntos del *Código de Aguas*: el artículo 12 prohibió la transferencia de un derecho de aprovechamiento, los artículos 30 y 31 otorgaron a la Dirección General de Aguas el poder para caducar total o parcialmente derechos de uso, en caso que:

i) el derecho de aprovechamiento de aguas no haya sido utilizado en un plazo de 2 años, o el derecho específico expedido se mantenga inactivo; ii) el derecho de aprovechamiento de aguas sea utilizado de manera diferente a las establecidas; iii) los derechos de uso de aguas fueran transferidos sin autorización; iv) se utilicen sin autorización otras fuentes de agua (ver Ley de Reforma Agraria 1967: art. 97¹⁰⁸); y ivi) no se realicen las modificaciones (reparaciones, por ejemplo) ordenadas por la Dirección General de Aguas, destinadas a la mantención en buen estado de los canales de regadío.

Así como en el *Código de Aguas* de 1951 se establecían fuertes elementos de un derecho privado de uso de aguas, ahora estaba en primer plano la administración estatal (y eficiente) del recurso en el ámbito del riego¹⁰⁹. La mayor fuerza de regulación estatal se extiende, según Bauer (1995:44) y Jensen (1970:14-7), a los siguientes niveles:

a) fijación de cuotas estatales para un uso racional y eficiente del recurso (*tasas de uso racional y beneficios*¹¹⁰), sobre todo en vistas a una economía del riego. El estándar para un uso racional y beneficioso estableció la distribución de una cantidad de agua

¹⁰⁷ El artículo 9 del *Código de Aguas* de 1969 estableció:

"Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público. El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en este Código. No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas."

¹⁰⁸ Ley de Reforma Agraria 1967, art. 97:

"Las aguas destinadas al riego podrán extraerse de los cauces naturales cuando exista la necesidad de regar y en la medida adecuada para ese objetivo, salvo que sea para embalsarlas, todo ello en conformidad a las reglas que establecen la presente Ley y el Código de Aguas."

¹⁰⁹ Los campesinos de zonas de riego debían escoger entre tres modelos: el libre mercado, un sistema de control de precios estatal o un sistema centralizado de distribución de aguas con costos específicos. Como resultado, ante el desecho de la teoría del libre mercado del *Código de Aguas* de 1951 a través de la Reforma Agraria, y la negación (por parte de los agricultores de zonas de riego) a un sistema estatal de control de precios, se optó de modo consensual por la tercera alternativa -una distribución centralizada de acuerdo al consumo calculado (véase Jensen, 1970:8).

¹¹⁰ Ley de Reforma Agraria 1967, art.106, *Código de Aguas* 1969 art.27:

"Se entenderá por tasa de uso racional y beneficioso, tratándose de aguas para riego, el volumen anual de agua, con su distribución mensual, necesario para atender la explotación de una hectárea de tierra, en consideración a los cultivos predominantes o preferentes de la región, a las condiciones ecológicas de ésta y al empleo de técnicas eficientes de riego. El volumen máximo anual de aguas, con su distribución mensual, se determinará para un predio sobre la base de la tasa de uso racional y beneficioso por hectárea, multiplicada por el número de hectáreas a cuyo riego se destinen."

necesaria por hectárea de terreno de riego, de acuerdo a factores ecológicos y estándares técnicos. El artículo 28 del *Código de Aguas*¹¹¹ autorizaba la anulación total o parcial del derecho de aprovechamiento a través del Presidente (representado por la Dirección General de Aguas), tanto del agua potable como para su uso económico. El artículo 26 entregaba el poder para fijar las cuotas de agua al Presidente de la República y su aplicación técnico-práctica a la Dirección General de Aguas.

- b) Complementariamente, se establecieron además **áreas de uso racionalizado**¹¹². La Constitución Política, en su artículo 10, no. 10, al igual que en el art. 35 del *Código de Aguas*, permitía al Presidente de la República caducar derechos de aprovechamiento en determinadas zonas y posteriormente volver a concesionarlos a través de la Dirección General de Aguas; gracias a ello debería ser estandarizado y completamente legalizado el problema del agua en las desembocaduras de los ríos. Las posibles modificaciones a las áreas de racionalización también eran responsabilidad y competencia del Presidente de la República. Finalmente, en épocas de sequía podía declarar también determinados lugares como zonas de escasez. Ello permitía a la Dirección General de Aguas intervenir directamente en la distribución local del agua de las juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y comunidades de aguas, con el fin de lograr una distribución equitativa del recurso. Por primera vez en la historia jurídica chilena se intervenía en las posibles discrepancias entre los aspectos legales de un título de agua y las eventuales fluctuaciones físicas del recurso agua. Sequías y posibles catástrofes le daban al Estado la opción jurídica de intervenir activamente en los derechos de aprovechamiento.

A nivel local, a las **instituciones estatales**, y en primera línea a los organismos de control, les correspondía una fuerte **función arbitral**; en general, fue fortalecido el rol de la jurisprudencia en el proceso de consolidación. El *Código de Aguas* de 1969 tendía hacia una **distribución centralizada del agua**, con la Dirección General de Aguas como institución principal. La distribución del agua, entonces, se realizaba entre tres tipos de instituciones, luego de obtenida la personalidad jurídica: asociaciones de canalistas, juntas de vigilancia y comunidades de aguas.

En resumen, el *Código de Aguas de 1969* fortaleció el estatus del agua como bien nacional de uso público. La definición del derecho de aprovechamiento fue modificada en el sentido de las normas del derecho público, que permitían una limitación (incluso caducación) del derecho de aprovechamiento por parte de las autoridades estatales. La flexibilidad de la normativa tendía en primera línea a asegurar la tutela estatal, para un uso racional, eficiente y tecnológicamente dirigido del agua. También durante el gobierno de la

¹¹¹ Ello representaba lo establecido en la *Ley de Reforma Agraria* de 1967, en su artículo 107. De acuerdo a ello:

"Cuando sea necesario destinar el agua a la bebida o a otros usos domésticos o cuando lo requiera el desarrollo económico de una zona, el Presidente de la República, a proposición de la Dirección General de Aguas podrá, por decreto supremo fundado, declarar la extinción total o parcial del derecho de aprovechamiento, cualquiera que sea su origen. En estos casos, los que fueron titulares de ese derecho serán indemnizados en conformidad a lo expuesto en los artículos 32 y 34 de este Código (...)."

¹¹² De acuerdo al art. 117 de la *Ley de Reforma Agraria* de 1967 y al art. 35 del *Código de Aguas* de 1969:

"El Presidente de la República podrá establecer por decreto supremo áreas de racionalización del uso del agua. Desde la publicación en el Diario Oficial del decreto que establezca un área de racionalización del agua, quedarán extinguidos todos los derechos de aprovechamiento existentes en dicha área, sin perjuicio de lo cual los usuarios continuarán utilizando las aguas del mismo modo que anteriormente hasta que la Dirección General de Aguas conceda nuevos derechos de aprovechamiento (...)"

Unidad Popular se continuó con la administración del agua y la entrega de concesiones centralizadas, al mismo tiempo que se aceleró el proceso de expropiaciones de tierras.

No obstante, de acuerdo a Jensen (1970:18), en la práctica había pocos especialistas a nivel de gobierno que permitieran desarrollar rápida y efectivamente ambos aspectos: administración moderna y nacional del agua, y una distribución equitativa de ésta a nivel local (en las zonas de riego).

Luego del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, la política de reforma agraria -encabezada por la Corporación de Reforma Agraria, CORA- fue progresivamente retrotraída. Para el ámbito del agua, esto tuvo como consecuencia que "*...in summary, by the late 1970's Chilean water rights system was a mess*" (Bauer, 1995:46).

En el año 1976 fue formada una comisión constitucional, a través del decreto No. 1.552. En un primer momento ésta vio posible el regreso al *Código de Aguas* de 1951, que era más liberal, pero posteriormente y producto de la presión del sector neoliberal de la economía, se consideró la dictación de un nuevo *Código de Aguas*. El Acta Constitucional No. 3 de 1976, cuya declaración central sería posteriormente plasmada en la Constitución Política de 1980¹¹³, amplió y protegió los derechos privados respecto del agua (véase Bauer, 1995:51; Ríos Brehm/ Quiroz, 1995:10-2).

En qué medida fue adoptada la doctrina neoliberal¹¹⁴ por los militares se puede ver en una de las declaraciones de uno de sus principales promotores, Hernán Büchi, quien era partidario de modificaciones en el ámbito de la legislación y administración del agua:

"Régimen de Aguas. El sentido que tuvo la acción gubernativa en este campo fue (...) **crear derechos sólidos de propiedad**, no sobre el agua misma sino sobre el uso de las aguas, y facilitar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado.

Las normas que se dictaron tuvieron la creatividad suficiente para distinguir -entre lo que se llama derechos consuntivos y no consuntivos- el caso de las aguas que se consumen, y por lo tanto se sustraen para siempre del cauce natural, y por otro lado, el de las aguas que se usan para ser devueltas con posterioridad, que es lo que hacen las centrales hidroeléctricas, por ejemplo. El tema de las aguas arrastró siempre las mismas inercias que gravaron el desarrollo de la minería. El mismo tipo de razones y sinrazones: que las aguas son públicas, que son de todos, que es el Estado el ente que ha de encargarse de administrarlas ...El mismo discurso que no lleva más que a derrochar y subutilizar el recurso. ¿Qué ventaja tiene para un agricultor hacer una instalación de riego por goteo si está imposibilitado de vender a otro las aguas que él ahorrará con ese sistema?

Tampoco en este terreno la asimilación de los principios y mecanismos modernizadores de economía de mercado fue fácil. Costó mucho introducirlos (...). El debate sobre el aprovechamiento de las aguas es relevante en muchas partes del mundo. (...). Los hechos son indismutables: el problema va a persistir mientras no se deje funcionar al mercado, para lo cual es fundamental previamente ir al reconocimiento cabal de los derechos de propiedad en el sector y de las reglas de mercado. Porque en definitiva el problema se reduce a eso, no obstante que la palabra propiedad sea todavía una palabra maldita en muchos campos. El propio gobierno militar no se atrevió a usar la palabra directamente. Se habla de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, no de propiedad de las aguas. El temor es absurdo. La propiedad es de lejos el sistema que mejor resguarda la función social y la correcta asignación de los recursos" (Büchi, 1992:85-7).

¹¹³ *Constitución Política de la República de Chile* de 1980, art. 19, inciso 24:

"...Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos (...)."

¹¹⁴ La base de esta doctrina tiene un origen anterior a la dictadura. En los años 1969-1973 fue formado, en la Facultad de Economía de la Universidad Católica de Santiago, un grupo de especialistas con el objetivo de elaborar un nuevo programa económico, cuyos resultados estuvieron listos a mediados de los años setenta, y que se conocieron bajo el título de *Bases de la política económica del gobierno militar*, llamado también "ladrillo" (Valdés, 1995:162-80).

Por consecuencia a esta visión mercantil, en la Ley No. 2.603 de 1979, que posteriormente formaría el *Código de Aguas* de 1981, habían varias premisas:

i) la regulación de los derechos de agua debería mantenerse compatible con una política de libre mercado; ii) la libertad en la transacción del recurso debería generar espacio a grandes inversiones en tecnologías de riego; iii) impuestos anuales para derechos de agua no utilizados deberían fortalecer la venta del recurso y; iv) la eficiencia en general debería mejorar y el sector agrario debería ser modernizado.

Con excepción del punto iii), todas estas premisas se encontrarán como *Leitmotiv* en el *Código de Aguas* de 1981. Desde la óptica del Estado, compete entonces relacionar los distintos y divergentes intereses existentes. El sector agrícola, presidido por la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA), se interesaba por sobre todo en la fuerte regulación y protección de la propiedad privada del agua (y en este caso, en primera línea, por la protección frente a posibles expropiaciones), y en la limitación del rol del Estado luego del fallido intento de reforma agraria de los años setenta. Círculos neoliberales pedían una implementación estricta de mecanismos de libre mercado en el sector del agua, en el sentido de dar gran movilidad y eficiencia en la administración del recurso. La legislación debería adecuarse conforme al objetivo de una "*política nacional de aguas*" (Bauer, 1995:104).

El *Código de Aguas* de 1981 ancló tres principios en la legislación chilena, que a continuación serán revisados más extensamente: la **libertad en la forma de aprovechamiento del agua**, la **gratuidad de la concesión de derechos de aprovechamiento** y un **rol limitado del Estado** y las **instituciones**.

Al dividir la administración chilena del agua en fases, de acuerdo a la codificación, se cristaliza un proceso que va desde una administración descentralizada del agua (1951), a una fuerte centralización (1969), para desembocar en una privatización (1981). Al mismo tiempo, se llevó a cabo un cambio radical de los derechos de propiedad y del mercado del agua, en lo que dice relación con el rol del Estado (nacional-autoritario-neoliberal).

La política neoliberal de la **Junta Militar** se decantó marcadamente en las diversas modificaciones a la legislación¹¹⁵. Como consecuencia de ello, fueron privilegiados sectores lucrativos de la economía (entre otros la minería¹¹⁶) y economías colectivas tradicionales fueron limitadas legalmente. El triunfo de la economía de libre mercado era muy claro.

¹¹⁵ Esenciales en relación con la administración del agua son, junto a la *Constitución Política* de 1980 (Ley No. 80.246), el nuevo *Código de Minería* (Ley No. 18.248) de 1983, así como el *Código de Pesca y Acuicultura* (Ley No. 18.892) de 1989.

¹¹⁶ Los artículos 110 y 111 subordinan el derecho de aprovechamiento de aguas a una concesión legal de minas, es decir, en primer lugar el Código de Minería y en seguida el de Aguas. Es autorizado el libre acceso a la explotación de fuentes de agua tanto superficiales como subterráneas en las zonas mineras:

"Artículo 110.- El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta.

Artículo 111.- El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables."

En relación con el *Código de Aguas*, esta estrategia llevó a un fortalecimiento de los derechos privados en lo concerniente al aprovechamiento del agua, así como en sus consecuencias prácticas, a la separación entre agua y tierra, y a una libre transferencia de los derechos de aprovechamiento. Paralelo a ello, la predominancia del Estado y otras instituciones fue restringida en lo que respecta a sus atribuciones jurídicas. De ahí en adelante, los poseedores de derechos de aprovechamiento de aguas dispondrían libremente sobre la forma y medida de éste.

La inscripción en el Conservador de Bienes y Raíces¹¹⁷, junto a la protección constitucional -y la supresión de derechos de privilegio de algunos sectores económicos- muestran el objetivo del Estado: la **liberalización del mercado del agua** y, con ello, el traspaso de **conflictos de competencia pública al sector privado**. Los hasta ese momento aceptados derechos consuetudinarios de ciertas comunidades ya no gozan del reconocimiento jurídico; sin embargo, la inscripción como poseedor oficial de títulos fue propiciada por el Estado (Vergara Blanco, 1998a:162).

El legislador tomó, de acuerdo a Ríos Brehm/ Quiroz (1995:2) y Bauer (1995:36), las siguiente medidas para mantener en general el *Código de Aguas* conforme a la política económica liberal:

- a) Los **derechos de agua** son separados de los derechos de tierras y transformados en un **bien transable**. Los derechos de agua adquiridos tienen, de acuerdo a la definición contenida en la legislación¹¹⁸, el estatus de propiedad privada. La Constitución Política determina el derecho de aprovechamiento como parte del derecho privado (Figueroa del Río, 1995); la aplicación de la nueva legislación de aguas ya no está determinada por el tipo de aprovechamiento, lo que elimina las listas de prioridades para el acceso al agua; formalmente el Estado permanece como propietario de todas las aguas, eso sí con menores obligaciones. En caso de simultaneidad de solicitudes de aprovechamiento, la concesión puede ser rematada al mejor postor¹¹⁹. Una vez entregada ésta, no existen nuevos cobros (por ejemplo impuestos) para el poseedor de los derechos de agua.

¹¹⁷ La inscripción de la propiedad de agua en el Conservador de Bienes Raíces es especificada por los artículos 112-122 del *Código de Aguas*:

"Artículo 112.- Los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un Registro de Aguas, en el cual deberán inscribir los títulos a que se refieren los artículos siguientes (...)"

Junto a ello existe un catastro público de agua de la Dirección General de Aguas, que registra y archiva todos los datos actuales sobre las concesiones:

"Artículo 122.- La Dirección General de Aguas deberá llevar un Catastro Público de Aguas, en el que constará toda la información que tenga relación con ellas. En dicho catastro, que estará constituido por los archivos, registros e inventarios que el reglamento establezca, se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos."

¹¹⁸ El art. 595 del *Código Civil* establece:

"Todas las aguas son bienes nacionales de uso público."

Pero el art. 589 del *Código Civil* explica lo que se debe entender por uso público y qué sectores están incluidos en ello:

"Art. 589. Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales."

¹¹⁹ De acuerdo al artículo 142 del *Código de Aguas*:

- b) El **rol del Estado** en caso de conflictos es muy **restringido**; las tareas de la Dirección General de Aguas, bajo la tutela del Ministerio de Obras Públicas, se centran en la infraestructura para el aprovisionamiento de agua, así como en el control, protección y organización de la distribución de ésta (véase art. 298-307, art. 314). Los conflictos entre los poseedores de derechos de aprovechamiento deben ser resueltos de acuerdo a las normas vigentes del Derecho Civil¹²⁰.
- c) Junto al *derecho de aprovechamiento consuntivo* (art. 12) -característico para los sectores minero y de riego- se implementa un **derecho de aprovechamiento no consuntivo**, principalmente para las empresas productoras de energía hidroeléctrica. Mientras el primero autoriza la explotación completa de la fuente de agua¹²¹, el segundo obliga al poseedor del título de agua, a mantener la calidad y cantidad de las reservas de agua a su disposición¹²².
- d) Los **derechos anteriores** son en parte asumidos como **vigentes y en parte regularizados**¹²³; a la mayor parte de los derechos consuetudinarios se les concederá posteriormente una inscripción de oficio en al Registro de Propietarios.

"... la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acreditan la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes (...)."

A continuación, en el artículo 146, se señala:

"La Dirección General de Aguas podrá de oficio ofrecer en remate público el otorgamiento de derechos de aprovechamiento que estén disponibles y que hayan sido solicitados.

Para estos efectos, deberá publicar avisos en la forma dispuesta en el artículo 142 y en el mismo plazo establecido en el artículo 132. Podrán presentarse oposiciones.

Si vencido el plazo no se presentaren oposiciones o bien si éstas fueren denegadas, la Dirección llevará a efecto el remate, de acuerdo a las normas establecidas en este Título."

¹²⁰ En el ámbito de competencia del Código de Procedimiento Civil caen también la constitución, ejercicio (incluidas eventuales transferencias), así como la pérdida de derechos de aprovechamiento de agua. Ello se explicita en el artículo 177 del *Código de Aguas*:

"Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil."

¹²¹ Respecto a ello, el art. 13 del *Código de Aguas* señala:

"Derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad."

¹²² Art. 14 del *Código de Aguas*:

"Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades."

¹²³ Al respecto, el art. 310 del *Código de Aguas* expresa:

"Subsistirán los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencias ejecutoriadas a la fecha de promulgación de este código, y los que emanen.

1.- De mercedes concedidas por autoridad competente, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2° y 5° transitorios;

2.- De los artículos 834°, 835° y 836° del Código Civil, con relación a los propietarios riberanos y del artículo 944° del mismo código, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, siempre que estén en actual usos y ejercicio, y

3.- De prescripción."

La libre transferencia y tipo de aprovechamiento no fueron perjudicados por estas disposiciones; debido a que el derecho consuetudinario no entrega precisiones sobre la cantidad de agua a aprovechar, y se convirtieron en fuente de conflictos tanto entre los propios dueños como en las transferencias entre privados y las industrias, en particular con las empresas mineras. La inscripción del derecho consuetudinario es, junto

- e) Las **obligaciones** para los dueños de derechos de aprovechamiento fueron **eliminadas**¹²⁴; de ese modo, el agua fue convertida de un *bien natural* en un *bien económico*. En vista del aumento de los períodos de sequía y de la demanda de agua por parte de la industria y la minería, un recurso natural se transformó en una materia prima transable en acciones.

6. Análisis crítico de la legislación de agua en Chile

Conforme al Código de Aguas Chileno, las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas en conformidad a las disposiciones del código (art. 5). No obstante, tanto los derechos concedidos por el Estado como reconocidos por éste gozan de una amplia y fuerte protección y están amparados por las garantías constitucionales respecto del derecho de propiedad. En el artículo 24, párrafo 19 de la Constitución Política de Chile se declara que "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". Es un caso único en los países de región en que se menciona específicamente en la constitución esta disposición y de la cual se acogen, obviamente, los opositores a cualquier modificación del Código de Aguas que poseen estos derechos (véase Dourojeanni/ Jouravlev 1999, Hendriks 1998, Gentes 2001).

El organismo estatal que constituye originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas es la Dirección General de Aguas (DGA). Es importante precisar que el ente regulador entrega estos derechos en forma gratuita, previa constatación que la petición es legalmente procedente, exista disponibilidad del recurso y no se perjudiquen derechos de terceros.

En la actualidad se aplica el siguiente mecanismo: si dos o más personas piden derechos sobre las mismas aguas y no existe disponibilidad para satisfacerlos, se debe realizar un remate entre los interesados. Con todo, por circunstancias excepcionales y de interés general se puede prescindir del remate, y el Presidente de la República puede constituir directamente el derecho de aprovechamiento, y facultar para dicha realización al Director General de Aguas (Calvo y.o., 2001).

Ahora bien, la constitución originaria del derecho de aprovechamiento por resolución del Director General de Aguas, es la forma de asignación más utilizada, los remates se han realizado de manera muy especial (Landerretche, 2001).

El CDA no obliga a los titulares a usar efectivamente los caudales a que tienen derecho ni a que construyan las obras necesarias para hacerlo. En opinión de Clavo, y.o (2001:5) esta característica es única en el mundo, ya que la regulación más esencial de los derechos sobre las aguas es que se conceden de un usos efectivo y beneficioso, de esa forma se subordinan los intereses privados al interés público, al prevenir la especulación, el monopolio y la competencia desleal vía el acaparamiento y el no uso de tales derechos.

a la emisión de una patente para derechos de aguas no aprovechados, una justificación básica de la concesión de aguas. Así también, la obligación de mantener la ecología de las zonas protegidas en las desembocaduras es uno de los objetivos y exigencias centrales de la reforma planificada (desde 1992) para el *Código de Aguas* por la Dirección General de Aguas (Anguita, 1997; Peña, 1996).

¹²⁴ El artículo 12 del *Código de Aguas* de 1969 fue revisado y reformulado por el artículo 6 del *Código de Aguas* de 1981:

"Artículo 6.- El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley."

En definitiva, y siguiendo la opinión de los abogados de la DGA, por un lado, la no obligación de destinar el agua a un uso efectivo y beneficioso, unida a la no existencia de un cobro directo por la asignación originaria del derecho de aprovechamiento, ha producido un aumento considerable de solicitudes, que ha significado una carga administrativa sobre la DGA. Por otro lado, el no uso por años de derechos de agua en manos de algunos usuarios, ha creado una falsa disponibilidad de recursos hídricos a los usuarios aguas abajo (Muñoz Rodríguez, 2001).

En Chile, los **usuarios** se encuentran organizados en distintos tipos de organismos, dependiendo de la fuente y el uso que se haga de los recursos hídricos. Son estas organizaciones las que administran y distribuyen las aguas, cumpliendo la DGA una labor de intuición general y regulación. Estas organizaciones, en la búsqueda del uso conforme a derecho del agua por parte de sus miembros, pueden cobrar derechos o cuotas para la construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura de repartición del agua.

Los distintos tipos de organizaciones de usuarios son:

- i) **Juntas de Vigilancia:** organización de usuarios que aprovechan aguas de una misma corriente superficial, con el fin de administrar y distribuir las aguas sobre cuyos miembros tengan derechos, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común, entre otros fines. Como sus atribuciones giran en torno a los cauces naturales, también tiene funciones como la declaración de escasez de los recursos, pudiendo reasignar las aguas según lo estime su directorio;
- ii) **Asociaciones de Canalistas** que son grupos de usuarios que son responsables de la administración de la infraestructura primaria como embalses y canales, y poseen personalidad jurídica;
- iii) **Comunidades de aguas** que, en el fondo son idénticas a las anteriores, aun cuando no poseen personalidad jurídica y;
- iv) **Comunidades de obras de drenaje**, que constituyen el grupo de usuarios que aprovechan obras de drenaje o desagüe en beneficio común.

Aún cuando debe considerarse que las organizaciones de usuarios existentes, en general, han sido eficaces para cumplir su rol, debe reconocerse que presentan algunas limitaciones que pueden entorpecer su accionar. En efecto, por ejemplo, la legislación chilena no distingue una participación segmentada de usuarios de derechos consuntivos y no consuntivos, en las Juntas de Vigilancia; de esta forma, por ejemplo, un gran usuario hidroeléctrico en un río puede tener derecho a dominar la gestión de una determinada Junta de Vigilancia (Brown/ Saldívar, 2000)

En el Código de Aguas chileno se distinguen, tal como indicamos más adelante, los **derechos consuntivos** de los **no consuntivos**, donde los primeros facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad (artículos 12 y siguientes). En efecto, en virtud del Código de Aguas, un titular de derechos consuntivos puede consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, todo ello es fuente potencial de graves conflictos, como subraya el comentario del Director actual de la DGA:

“En consecuencia, cuando una persona hace una transacción de los derechos de agua donde, efectivamente, se ha usado apenas el 30% de los volúmenes disponibles, en la realidad física ha utilizado el 30%, pero tal transacción la hace, como si lo que estuviera usando es el 100%, significa

que hay un 70% de otros usuarios de aguas abajo que no han intervenido en esa transacción y hay costos o beneficios para ellos que no están presentes, y ese es evidentemente un problema importante, sobre todo pensando en el desarrollo del país en las próximas décadas, en el cual este tipo de transacciones debiera incrementarse fuertemente en algunas áreas” (Peña, 1995).

Uno de los casos que causan especial preocupación son las **transferencias de derechos de agua de la agricultura a la minería** en la zona norte del país. El problema radica, según Dourojeanni y Jouravlev (1999), en que al comprar derechos de agua a los agricultores, usualmente con las tierras, las empresas mineras pretenden “*exportar*” la totalidad del derechos adquirido a otras cuencas. Ello puede alterar gravemente el patrón establecido del caudal de retorno aguas abajo perjudicando a los usuarios en la cuenca exportadora y beneficiando a los usuarios en la cuenca importadora si el agua de retorno de la minería no está totalmente contaminada.

En el futuro, estas situaciones tenderán a agravarse debido a nuevos requerimientos. De acuerdo con una proyección de las demandas para el período de 25 años (1992-2017) efectuada por la DGA, los requerimientos para los usos domésticos, mineros e industriales aproximadamente se duplicarán, mientras que el uso agrícola crecerá en un 20% (Muñoz, 1998; Peña, 1996c). Esto significa que los reusos del agua a lo largo del cauce se presentarán cada vez más, dada la creciente escasez de recursos hídricos disponibles.

La **administración del agua** a nivel de secciones de ríos y no a nivel de cuencas tiene otros efectos negativos. El seccionamiento significa que la gestión del agua no es integral a nivel de cuenca o sistema de cuencas interconectadas, lo que limita severamente la posibilidad de abordar las tareas, como control de contaminación, erosión, crecidas, etc., que afectan al conjunto de usuarios del agua de la cuenca. Además, se ha planteado, por lo menos en un par de casos, que, por efectos del seccionamiento, sea éste natural o administrativo/jurídico, la primera y la segunda secciones del mismo río pueden tratarse como corrientes distintas para el otorgamiento de nuevos derechos de agua, sin importar que con esto se podrían afectar los derechos de quienes aprovechan aguas río abajo (Dourojeanni/ Jouravlev, 2001). En tal virtud, se consideró que “*era perfectamente posible otorgar una nueva concesión de aguas en la primera sección, sin considerar siquiera lo que pueda ocurrir en la segunda*” (Vergara, 1998b). Las cortes han resuelto que, al estudiar la disponibilidad de aguas para el otorgamiento de nuevos derechos, la DGA debe tener en cuenta no sólo a los usuarios de la sección en que se pide el agua, sino que también los de las secciones siguientes del río.

Otro aspecto importante que tiene que ver con los efectos sobre el caudal de retorno es la consideración de la **interacción de las aguas superficiales y subterráneas** en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento. El problema se debe a que, el Código de Aguas “*no reconoce explícitamente interrelaciones entre el agua superficial y el agua subterránea*” (Brown, 1996), y aunque la mayor parte de los acuíferos del país dependen de la recarga que otros usos del agua generan, “*se asignan los derechos de aguas sin que exista una referencia al tratamiento conjunto de las explotaciones de aguas superficiales y subterráneas de una misma cuenca*” (Jara, 1997), lo que “*provoca conflicto, dada la influencia recíproca de ambos caudales*”.

No reconocer la interrelación existente entre agua superficial y agua subterránea puede causar graves daños, lo que ya es visible en algunas zonas en el norte del país (Urrutia, 1997). En algunas cuencas, los usuarios de aguas subterráneas ya se encuentran en condiciones críticas, porque se han mejorado las eficiencias de uso de las aguas superficiales (Brown, 1996). En otras, donde las recuperaciones provenientes de la napa

subterránea constituyen, en algunos períodos del año, la fuente principal de agua, la seguridad de los derechos de los usuarios de aguas superficiales puede verse afectada si los usuarios de aguas subterráneas deciden aumentar las extracciones.

Para corregir esta situación, una de las modificaciones que el gobierno quiere introducir en el Código de Aguas se refiere a la consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento. Específicamente, se propone imponer a la DGA la obligación de efectuar el análisis y la cuantificación de todos los recursos de la cuenca, para determinar si existen las disponibilidades correspondientes en el lugar indicado en la solicitud.

Un tercer ámbito conflictivo surge entre **regantes** y las **empresas de abastecimiento de agua potable y alcantarillado**. Las empresas sanitarias son titulares de muchos derechos de agua y las aguas que utilizan, mientras permanezcan dentro de instalaciones que son de su propiedad, se encuentran bajo la potestad jurídica de las empresas, las que no tienen obligación legal alguna de abandonarlas en un determinado punto físico (Vergara, 1998b; CNR, 1998). Una vez producida su descarga, las aguas servidas tienen la condición de derrames o drenajes. Desde hace mucho tiempo, las empresas sanitarias han estado evacuando sus aguas servidas, sin tratar o con un tratamiento parcial, hacia algunos ríos incrementando su caudal.

Muchos agricultores las han utilizado durante décadas, y, por esta razón, tienden a pensar que tendrían un cierto **derecho consuetudinario** sobre estas aguas (Vergara, 1998b). Sin embargo, el uso de tales aguas servidas por parte de terceros debe entenderse como actos de mera tolerancia de las empresas sanitarias, las que, en vez de entregarlas gratuitamente, pueden optar por comercializarlas. Es probable que esto ocurra con la implementación de programas de tratamiento de las aguas servidas. Por ejemplo, de acuerdo con un estudio reciente *“Si bien, en la actualidad, ocurre que tales aguas servidas ... son evacuadas hacia algunos cauces naturales ... esto ... no otorga derecho alguno a los terceros que podrían beneficiarse con la existencia de dichos recursos, aun cuando esta situación se haya mantenido por largo tiempo ... Por lo demás, no cabe dudas que dicha situación, se irá modificando en el tiempo, con la construcción de plantas de tratamiento”* (CNR, 1998). La privatización de las empresas de agua potable y saneamiento, anunciada por el gobierno y que ya se encuentra en curso, puede ser otro factor importante para alentarlas para que comercialicen sus aguas servidas tratadas.

7. Marco regulatorio de los recursos hídricos y el medio ambiente

El Código de Aguas sólo marginalmente se refiere al concepto de **calidad del agua**, y mayoritariamente no toma en cuenta este concepto para fijar a normativa sobre usos del agua (Brown, 1996) y *“presenta serias debilidades e insuficiencias para la gestión ambiental”* (CONAMA, 1998). Por ejemplo, no tiene normas expresas sobre requerimientos ecológicos en el sentido de caudales mínimos o ecológicos a ser respetados en los ríos: *“Así, a raíz de una serie de transferencias en algún cauce natural, se podría producir la desaparición de la vida acuática de un río; pues nadie pudo controlar esa transferencia. No existe hoy en día en Chile la definición de caudales ecológicos. No al menos legalmente. Los problemas ambientales realmente se han evitado, por ahora, a raíz de una serie de ‘entramamientos administrativos’, que existen para el cambio de bocatoma o del lugar de ejercicio de los derechos transferidos”* (Vergara, 1998b).

Éste es un grave problema que tienen varias cuencas de Chile, en las que la competencia por el uso del agua está afectando seriamente el medio ambiente. Hay *“una parte del país cuyas aguas están prácticamente todas asignadas, están todas en uso”* (Figueroa, 1993b), aparentemente sin respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo. Numerosos ríos en el norte y centro del país, en muchos tramos se secan durante los meses de estiaje por las extracciones que efectúan los usuarios: *“El espectáculo remanente es poco atractivo, especialmente si uno conoció ese mismo río fluyendo en su estado natural y apreció su belleza escénica. Pero, además, ya no se puede pescar en él, y ya no existe el pozo donde uno solía bañarse. La situación descrita es muy frecuente en nuestros ríos”* (Brown, 1996).

El gobierno trata de resolver esta grave situación e intenta modificar el Código de Aguas con el fin de establecer que la DGA, al otorgar derechos de aprovechamiento, debe respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo en toda la fuente natural, que garantice la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, velando en especial, por la conservación del ecosistema y de los usos recreacionales y escénicos existentes en la respectiva fuente. *“Lamentablemente, también se trata de una figura que se establece en forma tardía, puesto que los derechos de muchos caudales ya han sido concedidos. Aunque no hay duda de que es buena la figura creada, será difícil ponerla en práctica”* (Ceroni, 1997). Se propone complementar esta propuesta con otras que pretenden entregar nuevas facultades a la DGA para proteger los cauces naturales —los que hoy se encuentran sin protección alguna— contra las acciones perturbadoras que sobre ellos ejercen terceros que no cuentan con las autorizaciones correspondientes. Asimismo, se propone encargar a la DGA el desarrollo de una red de estaciones de monitoreo de la calidad de aguas, tanto superficiales como subterráneas, con la obligación de publicar y difundir la información obtenida.

Aunque esta propuesta todavía se encuentra en discusión en el Congreso Nacional, por un desarrollo de la jurisprudencia administrativa de la DGA, se ha concluido que el requerimiento del Código de Aguas de que los nuevos derechos no pueden menoscabar ni perjudicar derechos de terceros debe entenderse en el sentido de incluir la protección de caudales ecológicos. Como resultado de esta decisión, la DGA, al entregar derechos de agua, *“ha logrado, hasta ahora, mantener un caudal mínimo de resguardo para la conservación de la biodiversidad acuática, el caudal ecológico”* (CONAMA, 1998), aunque no está claro si esto se refiere a todos los ríos, lo que parece poco probable o más bien tan solo a las entregas de derechos efectuadas en los últimos años.

Con posterioridad a la dictación del Código de Aguas, se han dictado textos legales que refuerzan la protección de caudales ecológicos, así como otros instrumentos de gestión ambiental. La **Ley N° 19 145**, del 25 de junio de 1992, **modificó los artículos 58 y 63 del Código de Aguas** incorporándose en éste normas tendientes a evitar la desaparición de vegas y bofedales —éstos últimos son **zonas de humedales de altura con pastos y musgos centenarios** que se encuentran en hondonadas y orillas de los ríos y pequeñas quebradas— en el norte del país y a proteger las aguas utilizadas ancestralmente por las comunidades étnicas Aymará y Atacameñas en esta zona (Arévalo, 1998).

En virtud de estas modificaciones: (i) se prohíbe efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta sin contar con la autorización fundada de la DGA (artículo 58); y ii) se dispone que las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y bofedales en dichas regiones se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las

autorizadas, así como para nuevas explotaciones sin necesidad de declaración expresa, y se le impone a la DGA la obligación de identificar y delimitar dichas zonas (artículo 63). Como se puede ver son modificaciones sumamente limitadas que pretenden resolver un problema puntual.

En virtud de la **Ley N° 19 300**, “*Ley de Bases del Medio Ambiente*”, del 9 de marzo de 1994, se creó la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), encargada de proponer al Presidente de la República las políticas ambientales del gobierno, actuar como órgano de consulta, análisis, comunicación y coordinación en materias relacionadas con el medio ambiente, mantener un sistema nacional de información ambiental, administrar el sistema de evaluación de impacto ambiental a nivel nacional, coordinar el proceso de generación de las normas de calidad ambiental y financiar actividades orientadas a la protección del medio ambiente. El instrumento de gestión ambiental más importante que instaura la Ley N° 19.300 es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En esta ley se norma además lo relativo a las normas primarias y secundarias de calidad ambiental y de las normas de emisión, el daño ambiental y los planes de manejo, prevención o descontaminación.

Aunque la aprobación de la Ley No. 19.300 representa un importante avance en la gestión ambiental, ésta no ha sido diseñada para abordar el problema de protección de caudales ecológicos específicamente y, es por esta razón que el gobierno intenta modificar el Código de Aguas con propuestas al respecto. Los factores que explican la necesidad de complementar el Código de Aguas y no recurrir exclusivamente a la Ley No. 19.300 son los siguientes: La Ley N. 19.300 establece cuáles son los proyectos y actividades que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. Con esta ley, aparentemente bastante permisiva en este aspecto, la gran mayoría —más del 95% (Peña, 1998b)— de los proyectos que requieren de agua para su funcionamiento no están sujetos a evaluación ambiental.

En virtud del Código de Aguas la constitución de un derecho de aprovechamiento **no** lleva aparejada la **obligación de usar el agua**. Esto significa que cuando se constituye un derecho de aprovechamiento no existe ninguna certeza sobre la naturaleza del proyecto en que dicha agua será utilizada y tampoco sobre cuándo éste será ejecutado (Dourojeanni y Jouravlev, 1999).

La consideración de la necesidad de mantener obligatoriamente un caudal ecológico en el momento de constituir los derechos de aprovechamiento permite realizar los balances hídricos que determinen los caudales disponibles, evitando así la incertidumbre sobre la disponibilidad del agua para otros usuarios. Permite además al titular del derecho conocer de antemano todas sus obligaciones y el contenido exacto de su derecho.

Aunque en Chile no se dispone de un inventario completo de las demandas ambientales para proteger caudales ecológicos se puede entregar los siguientes antecedentes: i) la DGA ha identificado y delimitado unos 300 acuíferos de la Primera y Segunda Regiones que alimentan vegas y bofedales que de acuerdo a la Ley No. 19.145 deben ser preservados lo que significa una limitación de los recursos explotables de dichas zonas (Peña, 1998); y ii) unos 1.000 m³/s deben ser reservados para la mantención de los ecosistemas, principalmente de la Novena Región al sur, Octava Región y curso inferior de los ríos de la zona central (Muñoz, 1998).¹²⁵

¹²⁵ De acuerdo con Peña (1998), se estima que, en el sur del país, entre 500 y 1 000 m³/s deben mantenerse sin explotar para preservar los ecosistemas acuáticos.

Aunque, como principio general, el Código de Aguas de 1981 no reconoce ningún orden de prioridad entre los usos del agua,¹²⁶ contiene **varias disposiciones que suponen la subordinación de los derechos no consuntivos a los derechos consuntivos**. En virtud de ellas, el dominio del derecho no consuntivo no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos (artículo 15). En el Código de Aguas se estipula asimismo que los titulares de derechos no consuntivos no pueden detener el curso de las aguas sin permiso de los titulares de derechos consuntivos; deben evitar en todo caso los golpes y mermas de agua (mitigación o control de caudales extremos); no pueden impedir que el titular del consuntivo varíe el rumbo de un acueducto o cierre la bocatoma en épocas de su limpieza y cuando los trabajos en el canal lo hagan necesario; cuando el ejercicio del derecho no consuntivo pueda producir perturbaciones en el libre escurrimiento de las aguas, deberá mantenerse un cauce alternativo que lo asegure; etc. (artículo 97).

En suma, la distinción entre derechos consuntivos y no consuntivos, por lo menos como planteada en el Código de Aguas, adolece de ciertas deficiencias. Por un lado, la interpretación literal de las normas del Código de Aguas sugiere que las facultades que los derechos no consuntivos entregan a sus titulares son sumamente limitadas. Algunos abogados chilenos consideran que:

“Aquello a que tiene derecho a usar el titular de este tipo de derechos, es ‘la fuerza motriz’ del agua ... En consecuencia, teniendo sólo derecho a esa fuerza, debe usarla pero sin distraer el ‘corpus’ que pertenece a otras personas, no sólo a los titulares de derechos de aprovechamiento ‘no consuntivos’ ... Por lo tanto, es la existencia de todos estos derechos, ... los que condicionan la devolución inmediata de las aguas. La ‘instantaneidad’ del uso guarda relación con el flujo del río. Las aguas deben entrar a las máquinas siguiendo ese flujo, y salir de ellas de ‘inmediato’, pues es su fuerza o ‘caída’ lo que se aprovecha. Si se permitiera que el dueño del derecho ‘no consuntivo’ ‘almacenara’ las aguas se estaría perjudicando los derechos de terceros, sobre todo los derechos de aprovechamiento consuntivos ... En resumen, el dueño del derecho de ‘aprovechamiento no consuntivo’ goza sólo de la fuerza; los demás beneficiarios, de la fuerza y del cuerpo del agua” (Dognac, 1993).

Esta interpretación del contenido jurídico de los derechos no consuntivos es aparentemente compartida por la DGA. Si la definición de los derechos no consuntivos es así de limitada, entonces es muy poco lo que puede hacer su titular pues:

Puede tan solo emplearlos en una central hidroeléctrica de pasada —en el caso contrario, estaría perjudicando los derechos de terceros, sobre todo los derechos consuntivos, permanentes y continuos, constituidos aguas abajo— y no puede efectuar ninguna regulación del caudal y tampoco utilizarlos para el llenado de un embalse. Cabe recordar al respecto que el uso de las aguas para la generación hidroeléctrica demanda, muchas veces, retenerlas transitoria y temporalmente en un embalse provocando la regulación del caudal de la corriente, la que puede afectar a los titulares de derechos consuntivos que utilizan las mismas aguas en la parte más baja del río respectivo (Jaeger Cousiño, 2001a; b).

¹²⁶ Aunque, como regla general, en el Código de Aguas no hay prioridades ni preferencias para asignar el uso del agua, hay una excepción bastante extraña. En virtud de la Ley de Pesca y Acuicultura, en la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, la DGA, en el caso de la oposición, debe preferir al solicitante que acredite la calidad de acuicultor, salvo aquellas referidas a la obtención de derechos consuntivos destinadas a consumo humano.

Sus derechos aparentemente no estarían seguros en ninguna parte de la cuenca, excepto aguas arriba del primer derecho consuntivo, o aguas abajo del último derecho consuntivo —pues cualquiera adquisición de derechos por un usuario aguas arriba de la central hidroeléctrica de un usuario aguas abajo de ella disminuirá el caudal disponible en los puntos intermedios—, mientras que la oposición aparentemente no procedería pues, como ya se ha dicho, el dominio del derecho no consuntivo no implica restricción alguna a la libre disposición de los derechos consuntivos.¹²⁷

La aparente debilidad y subordinación de los derechos no consuntivos a los derechos consuntivos preexistentes pueden ayudar a explicar, por lo menos en parte, la conducta de las empresas hidroeléctricas las que, en algunos casos, (i) han solicitado los derechos no consuntivos con mucha anticipación, aún antes de la constitución de derechos consuntivos por parte de los agricultores u otros usuarios, y pidiéndolos aguas abajo, para evitar de este modo la aparición de usos consuntivos aguas arriba; y ii) han solicitado los derechos consuntivos. A la luz de estos antecedentes, se puede interpretar las conductas de las empresas hidroeléctricas también como un intento de evitar subordinar la operación de sus centrales a los intereses de usuarios consuntivos.

De acuerdo a Dourojeanni y Jouravlev (1999) aunque aparentemente con la introducción de los derechos de agua no consuntivos el legislador trató de prevenir los conflictos entre los usos consuntivos y los usos en el propio caudal, tal distinción no es suficiente, por sí sola, para eliminar el potencial de interferencia y afectación recíproca entre ambos tipos de usos. Además es una distinción artificial:

“También es una clasificación ‘engañosa’, porque la operación de la central hidroeléctrica no es realmente no consuntiva, porque se regula el río y provoca problemas entre aquellos que deben consumir continua y permanentemente el agua que corresponde a sus derechos. Todas esas clasificaciones han quedado estrechas para las necesidades del uso de las aguas y cuando alguien adquiere un derecho con esa formalización, lo está adquiriendo con una formalización que no es la verdadera; es una formalización teórica que está en los papeles, pero que no es, en la práctica, la forma en que se están usando las aguas” (Vergara, 1998b).

Como ya se ha dicho, la situación real es mucho más compleja que la hacen parecer las disposiciones del Código de Aguas, ya que ambos tipos de usos poseen distintos requisitos para atributos diferentes pero interdependientes del caudal y la alteración —en el tiempo y en el espacio— de estos atributos (régimenes, flujos, calidad, disponibilidad, temperatura, velocidad, etc.) genera un potencial importante de conflictos.

Además, los derechos no consuntivos constituidos antes de los derechos consuntivos tienen un efecto consuntivo respecto de aguas arriba. Eso quiere decir que automáticamente ese cauce queda bloqueado para la constitución de nuevos derechos consuntivos aguas arriba del usuario no consuntivo, pues cualquier nuevo aprovechamiento consuntivo afectará sus derechos preexistentes.

El otro punto negativo es que, el Código de Aguas reposa en **acuerdos voluntarios para resolver conflictos**, pero hasta ahora este método ha resultado ineficaz e infructuoso, en gran parte porque de alguna manera se han ignorado los requisitos básicos para que el

¹²⁷ Uno de los conflictos que puede surgir en algunas cuencas es el siguiente. En algunos canales se instalaron centrales hidroeléctricas, las cuales solicitaron y a las cuales le fueron constituidos derechos no consuntivos a pesar de ser las mismas aguas que ya tenían constituidos derechos consuntivos (Grilli y Cortés, 1999). Al efectuarse el traslado de derechos consuntivos de un lugar a otro, puede surgir entonces la oposición de las empresas hidroeléctricas por cuando el destino de las aguas trasladadas no necesariamente pasará por sus centrales.

acuerdo voluntario trabajo: no debe haber grandes números de usuarios, no debe haber grandes disparidades entre las partes, no debe haber posiciones ideológicas irreconciliables, pero sí debe existir la posibilidad de que a falta de acuerdo un tercero imparcial decida (Solanes y Getches, 1998).

Dado que los agricultores y las empresas hidroeléctricas no han podido llegar a un acuerdo, mientras que las facultades de la DGA son muy limitadas, los conflictos deben resolverse por las organizaciones de usuarios o por los tribunales ordinarios de justicia. Sin embargo, las juntas de vigilancia —éstas tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales, y explotar y conservar las obras de aprovechamiento común— no han podido solucionar los conflictos intersectoriales debido, en gran parte, a su incapacidad de lograr integrar los titulares de derechos no consuntivos. Este hecho y la necesidad de recurrir a soluciones judiciales han exacerbado el conflicto entre los usuarios consuntivos y no consuntivos.

También el hecho que, en el ámbito, participativo, las decisiones en las juntas se adoptan por el voto de mayoría y los canalistas votan en proporción a sus derechos de agua, ha causado desigualdades, dado que la ley no establece ninguna proporcionalidad entre los dos tipos de derechos (se entiende que ambos son iguales para efectos de votación) y que puede haber varios derechos de agua no consuntivos por cada derecho consuntivo, los usuarios no consuntivos pueden superar en votos a los usuarios consuntivos en los ríos con más de una central hidroeléctrica. Por esto, los usuarios consuntivos tienden a no invitar a los no consuntivos a sus reuniones, y a su vez estos últimos tienden a desconocer por su parte a las organizaciones (Bauer, 1995). Así, un foro de negociaciones útil y un mecanismo de solución de conflictos barato y expedito no funciona con eficacia, y muchos conflictos terminan en el sistema judicial, que ha sido demoroso y errático en la entrega de soluciones.

Se puede concluir por lo observado que el Código de Aguas ha demostrado falencias importantes en cuanto a la gestión del uso múltiple del agua (Bauer, 1995, 1997, 2001 y Vergara, 1998b). Hasta el presente, no se registran avances importantes en cuanto a la coordinación entre los usos extractivos y los usos en el propio caudal, ni tampoco con respecto a la solución definitiva de conflictos entre las empresas hidroeléctricas y los agricultores. Sin embargo, se han sugerido diferentes soluciones a este problema: i) definir de una manera más adecuada los derechos no consuntivos; ii) fortalecer las juntas de vigilancia y modificar su sistema de votación; y iii) crear un nuevo mecanismo, entidad o instancia de conversación y coordinación a nivel regional o de cuencas¹²⁸.

Finalmente, hay que destacar que la información disponible sobre los efectos de las transferencias de los derechos de agua sobre la economía de las zonas de origen es muy escasa en Chile. Por un lado, algunos autores aseveran que las transferencias de la agricultura a los usos urbanos rara vez han causado efectos negativos en las zonas exportadoras, porque: (i) los agricultores tradicionalmente invierten las utilidades de las ventas de derechos de agua en la agricultura (Peralta, 1995a); y (ii) los agricultores venden habitualmente pequeñas porciones de sus derechos de agua y logran mantener la producción agrícola adoptando tecnología de riego más eficiente en su predio (Rosegrant y Gazmuri, 1995). Sin embargo, otros informes hacen dudar seriamente de algunas de estas afirmaciones (Bauer, 1997 y Peña, 1996). Por otro lado, otros investigadores informan de

¹²⁸ El gobierno de la actual transición a la democracia, por ejemplo, ha propuesto crear un sistema de administración integrada de cuencas, basado en organismos autónomos denominados Corporaciones Administradoras de Cuencas Hidrográficas.

las controversias que han surgido en algunas zonas donde las transferencias de los agricultores a las empresas mineras amenazan con poner a la agricultura local al borde de la extinción (Bauer, 1997). En algunos casos, estas transferencias afectan a las comunidades étnicas. También hay otros casos como los ya mencionados en el texto En algunos de estos casos, por cierto los más graves, se ha encontrado una solución política al problema, al margen del Código de Aguas

El Código de Aguas deja las principales decisiones sobre la asignación del agua en manos de la negociación privada y, por ende, representa una mayor carga para el sistema judicial que debe coordinar las diversas interacciones entre los distintos usos y usuarios del recurso y, en definitiva, resolver los conflictos cuando la negociación privada no llega a una solución negociada. Para funcionar bien la negociación privada necesita un sistema judicial dinámico y no formalista capaz de resolver los conflictos privados mediante procedimientos sencillos, rápidos y de bajo costo con resultados predecibles y consistentes. Sin embargo, el sistema judicial chileno ha sido incapaz de responder a este desafío (Bauer, 1995; 2001 y Allende, 1995). Sus procedimientos son a menudo criticados por ser lentos e ineficaces, en parte porque muchos jueces no tienen conocimientos técnicos profundos y su formación profesional los lleva a adoptar posiciones formalistas y evitar decisiones basadas en consideraciones de política pública. En muchos casos los jueces logran resolver las controversias apropiadamente, pero los procedimientos se demoran mucho y en todo caso sólo se logran si cuentan con el aporte técnico crucial de la DGA y las organizaciones de usuarios (Bauer, 1995).

En general, utilizar el sistema judicial como el principal medio para resolver los conflictos intersectoriales y regular los efectos externos de las transferencias de agua tiene importantes desventajas. En primer lugar, como ya se ha dicho, **los altos costos que los procedimientos judiciales involucran**, así como el tiempo, la incertidumbre, etc. tienden a disuadir el ejercicio de acciones individuales en defensa de derechos afectados por externalidades relativamente pequeñas a nivel individual pero significativas en el agregado. En segundo lugar, es importante hacer notar que los tribunales de justicia se ocupan de **proteger los intereses legalmente establecidos y no de maximizar los beneficios sociales** (Nunn e Ingram, 1988). La norma jurídica que define ciertos intereses protegidos legalmente (por ejemplo, los intereses de los titulares de derechos de aprovechamiento) suele elaborarse antes de haberse hecho presente alguna parte afectada (por ejemplo, los intereses ambientales de los usuarios indirectos del agua). Tales normas son difíciles de modificar sin lesionar los intereses establecidos y los tribunales suelen ser renuentes a modificarlas. En general, es difícil que los tribunales sean especialmente sensibles a las externalidades dado que la facultad de demandar y los derechos jurídicos de terceros no están bien establecidos.

8. Derechos de aprovechamiento de agua y minería en el Norte Grande

A fin de tener una visión global de la situación de las aguas, veamos el caso de la Provincia de Iquique, donde el total de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas para el período 1950-1999 sobre aguas subterráneas y superficiales muestra el siguiente resultado (véase Gentes, 2000): el agua pedida para fines mineros alcanza a 57.563,9 l/s sobre un total de 69.184 l/s solicitada en los últimos 50 años. Dicha cantidad representa un 83,20 % del total del agua solicitado. Además debe destacarse en forma muy especial, que un 84% del agua solicitada es agua subterránea, estos son 57.967,78 l/s¹²⁹.

¹²⁹ Debe anotarse que todos los gobiernos chilenos en los últimos 29 años han tratado de facilitar la actividad minera en la zona norte, tanto es así que el 12 de septiembre de 1977 se dictó el Decreto Supremo No. 1.318

Estudios recientes como los de Campos (1993) y Olivares Vicentelo (1999) detectaron en varios Conservadores de Bienes Raíces lugar donde se inscriben definitivamente los derechos de aprovechamiento de agua- que habían más inscripciones que no estaban contemplados en los expedientes, es decir que, a veces, no hay concordancia entre el derecho constituido y el derecho inscrito debido a factores como: inscripciones imperfectas (se inscriben menos litros por segundo que los constituidos; inscripciones por vía judicial no informada a la DGA; inscripciones por otras vías (art. 110 CDM); transferencias de derechos (compraventa de acciones, de porciones o de las totalidades de los derechos); rectificaciones, etc.

Otra situación se dio en Pozo Almonte, donde en el acuífero de la Pampa de Tamarugal no existe disponibilidad para nuevos derechos, no obstante se ha generado un mercado de aguas. Ello se debe a quienes necesitan agua simplemente instalan pozos y luego regularizan por art. 2 transitorio, aunque hayan adquirido el predio o construido el pozo tan recientemente como el año 1999, lo que indica claramente una distorsión de este mercado (Calvo, y.o, 2001)

Las vías jurídicas utilizadas por las compañías mineras para acceder a los recursos hídricos pueden adoptar principalmente dos formas distintas: la primera, es la utilización de varias disposiciones legales con el objeto de inscribir los derechos; la segunda, está directamente entrelazado con el mercado de agua y se refiere a un conjunto de operaciones de compra de derechos de aprovechamiento de agua, en conformidad con las reglas establecidos en el Código Civil.

Para ser concreto, la propiedad minera está amparada en sus derechos de agua por el inciso final del art. 8 de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, la Ley No. 18.097, que señala que la propiedad minera, tendrá los derechos de agua en su favor, es decir, manifiesta una norma ya establecida en el art. 110 del CDM que, a su vez es corroborado por el inciso segundo del art. 56 del CDA en cuanto establece que "corresponde a los dueños de pertenencia mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de las pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación".

En suma, se conceden por el sólo ministerio de la Ley, cuando ocurre una circunstancia excepcional - por ejemplo que el peticionario pruebe que tiene propiedad minera constituida. En la zona norte de Chile, tal circunstancia de carácter excepcional pasa a ser la regla general.

Las compañías también pueden pedir agua a través de las normas generales (art. 140-149 del CDA) invocando las normas excepcionales que privilegian al sector. Una de las normas que llama particularmente la atención es el art. 141 que señala que "...se entenderá, además que hay oposición cuando en el mismo plazo, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, o cuando en una solicitud un tercero pida para si parte o el total de ellas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos".

que reservaba 840 l/s al proyecto minero Quebrada Blanca, en virtud del art. 48 del anterior CDA. Paralelamente le otorgó mercedes temporales a la Compañía Doña Inés de Collahuasi, sobre las cuales posteriormente, con la dictación del CDA de 1981, se tramitó la concesión definitiva. Cabe destacar que Quebrada Blanca nunca presentó la solicitud del derecho de aprovechamiento de aguas, sino que le compró sus derechos a la Compañía Doña Inés de Collahuasi en el año 1984 (OlivaresVicentelo, 1999:44).

El art. 142 da la solución en el caso de producirse la situación anterior, "... la Dirección general de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acreditan la existencia de aguas disponibles para la construcción de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto".

Conociendo estos artículos, es fácil comprender por qué algunas compañías han solicitado aguas en forma desproporcionada, respecto del caudal que realmente existe el álveo. Desde luego están en conocimiento de que existen otras solicitudes, y por lo tanto, están forzando a la DGA para que aplique la Ley, ya que ciertamente es poco probable suponer que los comuneros en este juego de oferta y demanda puedan tener más recursos económicos y logísticos que las empresas mineras¹³⁰.

9. La Ley indígena de 1993 y la protección de los derechos indígenas al agua

Aparentemente la aplicación del Código de Aguas ha afectado negativamente a las comunidades indígenas permitiendo el desarrollo de un proceso de apropiación de sus aguas ancestrales por parte de terceros (Aylwin, 1994; Toledo, 1996) — un avance importante fue la modificación del Código de Aguas por la Ley No. 19.145, y especialmente la promulgación de la ley No. 19.253, del 5 de octubre de 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Esta última ley tiene una importancia primordial para el tema porque el Código de Aguas *“originalmente analizaba solamente el caso de uso individual por lo que había determinadas comunidades especialmente étnicas bien definidas que hacían uso comunitario del recurso hídrico y lo cual entonces no tenía cabida dentro del Código de Aguas”* (Peña, 1996a).

La CONADI es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas. La CONADI tiene entre sus funciones, en lo que aquí interesa, las de defender jurídicamente a los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas, y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas.

La Ley No. 19.253 reconoce que para los indígenas *“la tierra[es]el fundamento principal de su existencia y cultura”* y crea el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, con el fin de financiar, entre otras cosas, la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (artículo 20). Los derechos de agua para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, no pueden ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción. No obstante, la CONADI puede autorizar la enajenación de estos derechos previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido. Además se crea el Fondo de Desarrollo Indígena para financiar, entre otras cosas, la obtención de concesiones y autorizaciones de acuicultura y pesca.

La Ley No. 19.253 contiene además las disposiciones adicionales dirigidas a indígenas del norte del país, señalando que se debe proteger especialmente las aguas de las

¹³⁰ Tal como menciona Olivares Vicentelo (1999) se está por aplicar este mecanismo de mercado, y se va a producir el primer remate en la Provincia de Iquique, sobre las aguas de la quebrada de Aroma. Olivares (1993) grafica el negocio que implica la libre transferencia de las aguas que demuestra la ineficiente regularización de los derechos sobre tierra y agua, en general.

comunidades Aymará y Atacameñas (artículo 64). La CONADI y la DGA deben establecer un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de estas comunidades. Las aguas que se encuentran en los terrenos de Comunidad Indígena, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, se consideran bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena, sin perjuicio de los derechos inscritos de terceros. Se prohíbe otorgar nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que abastecen las aguas de las comunidades indígenas sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas. En cuanto a los indígenas de los canales australes, la CONADI debe procurar establecer zonas especiales de pesca.

La Ley No. 19.253 constituye, sin duda alguna, un paso importante en la dirección correcta, pues asegura un cierto grado de protección de los derechos consuetudinarios de etnias indígenas, con lo que llena algunos vacíos del Código de Aguas. Sin embargo, según parece, las asignaciones para el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas no han sido suficientes (Tuma, 1996).

9.1 La regularización de los derechos indígenas al agua en Chile

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

El proceso chileno de regularización de las aguas indígenas pasa por títulos individuales de agua. En este sentido, el ámbito geográfico de los derechos es, por una parte, el patrón de asentamiento indígena, y por otra, 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 bofedales (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 mantenimiento de las obras comunes, rituales y ceremonias.

La Ley Indígena No. 19.253 establece el deber social y estatal de proteger la tierra indígena, velar por su adecuada explotación, equilibrio ecológico y proponer su ampliación (art. 1). La ley define las tierras indígenas y establece para las mismas un régimen jurídico especial (arts. 12/19). Su régimen de alienación y gravámenes está sujeto a limitaciones

con el fin de proteger a los indígenas y sus terrenos. También se establece un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, entre cuyos objetivos figura la financiación de la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener aguas (art. 20). Tierras y derechos adquiridos con el Fondo, no pueden ser enajenados por veinticinco años¹³¹.

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

Conforme a la Ley 19.253 sólo las “etnias nortinas” tienen reconocimientos especialmente vinculados al agua. Así, aymarás, atacameños y demás comunidades del norte de Chile tienen un reconocimiento de la necesidad de salvaguardar sus derechos ancestrales, como los referidos a bofedales y vegas, entre otros (art. 63)¹³².

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

Veamos, de manera resumida, el catastro de derechos de aguas otorgados a las comunidades indígenas en el norte grande.

Catastro desde 1993 a 2001 sobre derechos de agua indígenas:

Derechos Inscritos Provincias de Arica y Parinacota.		
Comuna	Caudal l/s	Beneficiados
Arica	5,60	13
Camarones	78,01	67
Putre	2.768,33	417

¹³¹ Sin embargo, a nuestro juicio, hay una carencia de sintonía valorativa entre los usos ancestrales de las aguas y las normas del Código del ramo que dificultan la vigencia efectiva de tales normas, aparte de que el derecho positivo no explícita sus propias definiciones. Así por ejemplo, el artículo 20 se refiere a las *aguas indígenas* sin definir las en ninguno de sus acápite, al revés de lo que ocurre con las tierras indígenas. Por deducción, debe llegarse a la conclusión de que son las agua que pueden ser utilizados por los indígenas y sus comunidades cumpliéndose los requisitos que la ley señala en los artículos que hacen referencia a ella y que no violen las disposiciones del Código de Aguas de 1981 (Parsons Alvarez, 2001)

¹³² En la legislación nacional chilena, especialmente en el Código de Aguas y la Ley Indígena, existe una marcada debilidad en la protección de los derechos hídricos de los pueblos indígenas. Incluso en zonas de mayor densidad de población indígena, como la IX región, las aguas indígenas han estado desprotegidas y la posibilidad de acceder a ellas en forma permanente y continua hoy es casi nula. Asimismo, llama la atención que la Ley de Bases del Medioambiente chilena no obligue a los proyectos de plantaciones forestales a estudios de impacto ambiental, estimando sus posibles efectos también en zonas de mayor población indígena, no sólo al momento de la plantación o la cosecha sino también durante el crecimiento y madurez de las plantaciones, momento en que existe mayor demanda de agua. Como consecuencia, algunas exigencias de la CONAF van en la dirección de estatuir en una nueva versión del Código de Aguas un **Mínimo Hídrico Cultural** (Díaz 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.

General Lagos	1.580,28	238
Total	4.432,22	735
Derechos Inscritos Provincias de Iquique.		
Comuna	Caudal l/s	Beneficiados
Huara	161	236
Pica	1	61
Camiña	363	163
Pozo Almonte	79	186
Colchane	1.574	1.717
Total	2.178	2.369

Fuente: CONADI-NORTE (2001a,b)

En la actualidad, hay un proyecto de la CONADI-Norte (2001a,b) en marcha que podría ser interesante incluirlo en los objetivos específicos de WALIR. Se trata de un „Estudio de Apoyo la Ordenamiento de la inversión territorial en torno a los Recursos Hídricos de la Región Tarapacá“, y tiene los objetivos de un futuro estudio exhaustivo, que se diferencian en cuatro objetivo principales:

i) contribuir a la planificación de la inversión regional a favor de las comunidades indígenas en las Provincias Arica, Parinacota e Iquique con un estudio catastral que identifique situaciones relevantes y problemáticas en materia de aguas y tierras indígenas, con el fin de poder proponer un estatuto especial para indígenas en las áreas silvestres protegidas por el Estado (A.S.P.) y las áreas de desarrollo indígena (ADI) de la Región Tarapacá; ii) generar información de base, que permita definir la pertenencia de la inversión de la CONADI en torno a la adquisición de títulos de aprovechamiento de derechos de agua para aymarás y atacameños de las provincias de Arica, Parinacota, Iquique y Loa a través de la confección de un estudio diagnóstico; iii) contribuir al ordenamiento territorial de la inversión pública y privada en torno al recurso hídrico de algunas cuencas escogidas de la Primera y Segunda región, a través de una base de datos digitalizada sobre tierras y aguas indígenas, iv) establecer una base de datos de datos digitalizada y particularizada de aguas indígenas de la regiones Tarapacá y Loa.

9.2 Condiciones para el reconocimiento de los derechos indígenas agua en la legislación

Ahora bien, también hay que marcar una nueva tendencia en las formas de intervenciones "estatales" en los países de la región desde los años ochenta¹³³, 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

¹³³ 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. La 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.

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 particulares¹³⁴ (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.

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 posiciones¹³⁵:

- a) La primera posición reclama el dominio indígena sobre todos los recursos de los territorios indígenas: suelo, subsuelo, riberas, agua, bosques, cualquiera sea el régimen actual bajo el cual 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-naciones¹³⁶; por lo tanto, las propuestas jurídicas pasan por una nueva constitución estatal plurinacional que reconozca esos derechos originarios.
- b) La otra posición puede aceptar o no el dominio estatal o la condición de bien público de lagunas y recursos, asumiendo que es improbable cambiar ese

¹³⁴ Así por ejemplo consta la Constitución Política de Chile en su art. 20.

¹³⁵ 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).

¹³⁶ 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 élite (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 (Anderson, 1993).

estatuas 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.

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).

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

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

Así que, la relativamente débil legislación indígena del 1993 fue considerado por algunos autores como una "letra muerta" (Foerster y Vergara, 2000), ya que no acogió, por ejemplo la estrategia legal indígena expresada en el Borrador de Ley de 1991 de normar la exclusividad de las concesiones de agua, lo que constituía una elaboración jurídica respecto a las propuestas que originalmente se plantearon (y plantean) en las reuniones indígenas, de exigir la propiedad y dominio de los recursos naturales, lo que no era

complejo de lograr en período de transición a la democracia, sino francamente inviable en el marco del edificio jurídico chileno (véase Toledo Llancaqueo, 1996).

10. Breve reseña de la realidad territorial de las comunidades indígenas de la I y II región

Como síntesis del derecho territorial indígena podemos constatar, que el panorama de las tierras donde habitan las comunidades indígenas del Norte, difiere de manera significativa de lo que encontramos en el Sur.

El plan de saneamiento para tierras Aymarás y Atacameñas de la I y II Región del Ministerio de Bienes Nacionales (1998)¹³⁷, nos informa que un número muy importante de propiedades indígenas se encuentran dentro de Áreas Silvestres Protegidas por la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Así en el altiplano de la I Región se encuentra el Parque Nacional Lauca, dentro del cual están todas las propiedades de la localidad de Parinacota y los pastizales comunitarios de Putre y Belén. En la Reserva Natural Las Vicuñas, se encuentra la totalidad de las propiedades de Guallatire y se encuentra el Monumento Natural Salar de Surire, en el cual se encuentra la propiedad de Surire (casos que pertenecen a la comuna de Putre). En la comuna de Colchane, por su lado, está el Parque Nacional Volcán Isluga, el cual incluye 16 propiedades de la localidad de Isluga.

En el altiplano de la II Región, en tanto, en la provincia de El Loa, se encuentra la Reserva Nacional Los Flamencos, que incluye parte del Salar de Atacama, el Parque Nacional Llullaillaco, que protege un sistema de salares andinos y se encuentra, por último el Parque Nacional Licancabur-Tatío, que espera dictamen de creación.

El Informe FORJA, (1999:34) informa que la Población indígena de la I Región ascendería el año 1992 a 15.461 personas y en la II Región a 4.164 personas, lo que sumaría para ambas regiones 19.625 habitantes con filiación étnica originaria.

Vale mencionar que para los casos de la I y la II Región en cuanto a la propiedad de tierras indígenas se debe incorporar en el análisis el concepto de Ayllu, unidad territorial y comunitaria que caracteriza a las poblaciones indígenas de estas regiones.

Los estudios catastrales para el Plan de Saneamiento, realizados por el Taller de Estudios Andinos,¹¹ para el caso de la I Región, detectaron para la zona nombrada precedentemente un total de 190 propiedades, de las cuales el 15%, es decir 30, son fiscales, y 160, un 84,2%, son particulares. Esto abarca una superficie de 1.400.000 hectáreas, de las cuales unas 100.000 son fiscales.

En Putre (Valles Altos) se detectaron nueve propiedades, que corresponden a pastizales comunitarios siete de estos son fiscales, con una superficie de 200.000 hectáreas y dos son particulares, también con 200.000 hectáreas. Estos nueve predios contienen a su vez 3.552 propiedades individuales, con pequeñas superficies de cultivo, las que abarcan, aproximadamente, el 1% del pastizal.

¹³⁷ Dada las especiales condiciones de los lugares donde se encuentran las tierras Aymarás y Atacameñas, en el referido plan de saneamiento participaron la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), Dirección Nacional de Fronteras y Límites (Ministerio de Relaciones Exteriores), Corporación Nacional Forestal (CONAF), Servicio Nacional de Geología y Minería, Dirección Nacional de Aguas, Ministerio de Justicia e Intendencias de la I y II Región.

Cuadro 5
TIPOS DE PROPIEDAD EN EL ALTIPLANO DE LA I REGIÓN
(En número de propiedades porcentajes y hectáreas, a y b)

Tipo de propiedad	Número	Porcentaje	Superficie (hectáreas)
1)Fiscal	30	15,8	97.669,5
2)Particular	160	84,2	1.300.000,0
a)Regularizada	15	7,9	
b)No regularizada	145	92,1	
-Individual	13	9,0	
-Comunitaria	43	29,6	
-Com. sucesorial	88	60,7	
-Patrimonial	1	0,7	
Total	190	100,0	1.397.669,5

Fuente: Ministerio de Bienes Nacionales, 1996.

Cuadro 6
NÚMERO DE PROPIEDADES PERTENECIENTES A INDÍGENAS, POR COMUNA DE ACUERDO
A TIPO Y SITUACIÓN JURÍDICA POR COMUNA EN EL ALTIPLANO DE LA I REGIÓN
(En número de propiedades a y b)

	General Lagos	Putre	Colchane	Pica	Total
1)Fiscal	15	14	0	1	30
2)Particular	39	80	38	3	160
a)Regularizadas	3	9	3	0	15
b)No regularizadas	36	71	35	3	145
-Individual	4	9	0	0	13
-Comunitaria	5	6	29	3	43
-Com. sucesorial	27	56	5	0	88
-Patrimonial	0	0	1	0	1
Subtotal	36	71	35	3	145
Total	54	94	38	4	190

Fuente: Ministerio de Bienes Nacionales, 1996.

De las 190 propiedades nombradas más arriba, 25 estarían **sin conflicto** y 165 (86,8%) **con conflicto**. De ese total, 16 tendrían sólo conflictos internos y 96 conflictos externos a ella, y 53 tanto conflictos internos como externos. Los ocupantes de tierras fiscales, lógicamente se encuentran en una situación irregular y muchas de las propiedades no tienen regularizada su situación jurídica, 146 casos no tienen actualizados los derechos sobre el bien.

La provincia de Parinacota tiene un 89,3% de propiedades no regularizadas y la de Iquique 92,7%. Los conflictos jurídicos tienen que ver con la calidad de los títulos invocados y con errores en las inscripciones, en la singularización del bien raíz. También se encontró un número importante de actos y contratos sobre inmuebles que no cumplen con las formalidades que exige la ley para que se produzcan plenos efectos jurídicos. Otro grave problema que los afecta es la falta de especificación de los deslindes entre propiedades vecinas y la ausencia de cercos, lo cual afecta la vida cotidiana, como el paso de animales, el uso del agua, etc. En la Comuna de General Lagos este problema afecta a 90,7% de las propiedades, en Colchane a 86,8%, en el sector altiplánico de Putre este problema afecta a 70,2% de las propiedades y en Pica a 25%.

Por último también se detectaron conflictos respecto los derechos sucesoriales: posesiones efectivas obtenidas sólo por parte de los herederos o herencias obtenidas en virtud de reglas de sucesión intestadas (a pesar de que en muchos casos exista documento testamental). Cuando existe testamento, hay solicitudes de personas beneficiadas, pero que no participaron en la solicitud de posesión efectiva correspondiente.

Para esta zona del altiplano de la I Región, debemos tomar en consideración sin embargo, que el problema del agua las está afectando fuertemente. Nos referimos

específicamente al proyecto de explotación de pozos del Río Lauca, dentro del Parque Nacional Lauca. La Dirección de Riego ha perforado un total de 10 pozos para aprovechar el recurso hídrico subterráneo en el Río Lauca y en Vizcachani. Los estudios de dicha dirección en 1992 y 1993 determinaron la existencia en el altiplano ariqueño de un gran embalse subterráneo de naturaleza dendrítica, siete de los pozos brindarían caudales interesantes de explotación, pero, por la cercanía de los pozos a los Ríos Lauca y Vizcachani un porcentaje del caudal provendría de las napas subterráneas y el resto del caudal de río más próximo.

En septiembre de 1998, la Comisión Aymará de Defensa del Medio Ambiente, presenta sus observaciones al estudio de impacto ambiental realizado por una consultora, respecto de los pozos (publicado en el Diario Oficial el 31 de julio de 1998): Las muestras fueron tomadas en un corto período (menos de una semana) y tampoco fueron tomadas entre octubre y primeros días de diciembre, período en que el caudal es más bajo. Además existiría un impacto importante en los bofedales, lo cual afecta negativamente el hábitat Aymará, del cual depende la productividad económica de la ganadería y agricultura de las comunidades.

El documento hace además importantes acotaciones del punto de vista técnico-legal, que inhabilitan la posibilidad de realizar una explotación de los pozos¹³⁸. Con respecto a las propiedades dentro de Áreas Silvestres Protegidas, el estudio determinó un

Cuadro 7

TIPO DE PROPIEDADES CON OCUPACIÓN INDÍGENA INSERTAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS POR EL ESTADO (SNASPE)
(En número de propiedades y hectáreas, a y b)

Tipo de propiedad	Número	Superficie (hectáreas)
1)Fiscal	9	45.700,5
2)Particular	59	266.806,7
a)Regularizadas	4	8.618,0
b)No regularizadas	55	258.188,7
Total	68	311.906,7

Fuente: Ministerio de Bienes Nacionales, 1998.

total de 68 propiedades. Con respecto a las cuales la situación sería la siguiente:

Las propiedades contemplan una superficie de 58.802,9 hectáreas del Parque Nacional Lauca (42,6% del total); 103.462,3 hectáreas de la Reserva Nacional Las Vicuñas (49,5% del total); 11.298,0 hectáreas del Monumento Natural del Salar de Surire (100% del total) y 93.243,5 hectáreas del Parque Nacional Volcán Isluga (53,4 % del total).

En la **provincia del Loa** (II región) el estudio catastral de CIMPRO Consultores realizado para el Ministerio de Bienes Nacionales,13 destinado a ser la base para el Plan de

¹³⁸ Observaciones legales al proyecto: Al estar en Area silvestre Protegida, el sector está sometido a un régimen jurídico especial: El artículo 5° de la ley 18.362 y el artículo 3° del decreto supremo N° 531 de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores, ordena cumplir como ley de la república la convención para la protección de la flora, la fauna y bellezas Escénicas Naturales de América (convención de Washington). Las otras leyes serían las del Sistema Nacional de áreas Protegidas; 2) la ley que establece la tuición de CONAF sobre el Parque Nacional Lauca; 3)La ley indígena que protege las tierras indígenas y sus recursos naturales; 4) el Decreto Ley N° 1.939 de 1977 que prohíbe la ejecución de proyectos contrarios a la conservación del medio ambiente; 5) La ley de Bases del Medio Ambiente; 6) la Ley 19.145 que modifica el código de aguas y acuíferos que alimentan los bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta, y 7) Otros 3 convenios internacionales firmados por el estado chileno. Además sienta jurisprudencia el fallo de diciembre de 1985 que suspende la extracción de aguas del Lago Chungará, el cual es parte del Parque Nacional Lauca. Documento con Observaciones al Estudio de impacto ambiental, presentado por la Comisión Aymará de Aguas y Medio Ambiente, al Sr. Fernando Lagunas de la COREMA, en septiembre de 1998.

Saneamiento de Tierras de la II Región, detectó 19 comunidades indígenas (constituidas de acuerdo a la ley indígena 19.253) que ocupan grandes territorios fiscales, donde llevan adelante sus actividades productivas. Dentro de estas comunidades, se encuentran predios individuales, que corresponden a la vivienda y al huerto de cultivo. Estas son 5.426, de las cuales 4.667 poseen título y 541 no lo poseen (fiscales), estos 541 casos cubrirían una superficie de 314 hectáreas (0,02% de la superficie de las comunidades).

Por su parte, los predios inscritos (4.667) ocupan una superficie de 2.706,3 hectáreas, siendo el promedio de superficie de los predios, de 0,58 hectáreas (un 0,19% del área comunitaria). En base a los criterios de salvaguarda de los recursos naturales que permiten el desarrollo de las actividades agropecuarias que desarrollan las comunidades, que definen a su vez, en base al sistema productivo, los criterios de ocupación de la población, el estudio definió polígonos. Estos concluyeron que las 19 comunidades podían ocupar un territorio aproximado de 1.400.000 hectáreas, de las cuales 1.321.232 hectáreas son fiscales y los 78.768 restantes corresponden a propiedad comunitaria particular, ya que 4 de las 19 comunidades, poseen título inscrito sobre parte de sus terrenos (Ministerio de Bienes Nacionales, 1998:26).

Si se analiza el tema, por comuna, veremos: Ollagüe: La única comunidad indígena de Ollagüe se encuentra sobre territorio Fiscal. La demanda territorial sería de 328,690 hectáreas. Calama: En los diversos poblamientos que siguen el curso del río Loa, existen siete comunidades indígenas: Chonchi Viejo, Chiu-Chiu, Lasana, Ayquina-Turi, Cupo, Toconce y Caspana, todas ubicadas en terrenos fiscales, excepto una parte de Ayquina-Turi. Ayquina posee una inscripción de dominio comunitario sobre un sector de terrenos de dicha comunidad, con una cabida de 736 hectáreas. La demanda territorial sería de 31.361,5 hectáreas. San Pedro de Atacama: Existen alrededor de 11 comunidades en esta variable de poblamiento, fundamentalmente ligada a los bordes del Salar de Atacama y al Valle de San Pedro: Santiago del Río Grande, Machuca, Quitor, San Pedro de Atacama, Solor, Coyo, Toconao, Talabre, Camar, Socaire y Peine. Existen tres inscripciones de dominio vigentes de carácter comunitario: Machuca, con 37.224 hectáreas, que abarcan el total de la comunidad; Santiago de Río Grande con 40.752 hectáreas que corresponden al 90% del territorio propuesto para la comunidad y Peine (Tilopozo) con 56 hectáreas que corresponden a un área mínima de la propuesta para la comunidad¹³⁹.

Esas son, como vemos, las inscripciones de carácter comunitario. Necesitamos plantear ahora la situación de la propiedad privada, descrita por localidad:

11. Las comunidades indígenas y su derecho al agua

Evaluaremos, en breve, la situación legal en sus posibilidades de lograr derechos de aprovechamiento colectivos, y las consecuencias para el amparo del derecho indígena territorial. De acuerdo a una revisión acuciosa del Código de Aguas, se presentan tres casos de derechos de aprovechamiento:

1. aprovechamiento individual;
2. aprovechamiento en base a disposiciones transitorias;
3. y comunidades de aguas

¹³⁹ Toda la información respecto de la II Región Proviene del Estudio Catastral Indígena Provincia del Loa, realizado por CIMPRO Consultores, para el Ministerio de Bienes Nacionales, en orden a implementar el Plan de Saneamiento para tierras Aymarás y Atacameñas de la I y II Región (véase Muñoz, 1999).

1er. caso: la solicitud presentada a la Dirección General de Aguas debe contener la comunidad, el lugar de origen del agua, la cantidad en litros por segundo, la forma de extracción y las coordenadas geográficas de ésta. Junto a ello debe ser establecido si el aprovechamiento será consuntivo o no consuntivo, permanente o temporal, ininterrumpido u ocasional, y si será compartido con otras personas. Lo demás son indicaciones acerca de la naturaleza de los alrededores (perfil topográfico) y un informe explicativo (art. 140). La solicitud debe ser entregada a la Dirección General de Aguas y en un plazo de 30 días debe ser hecha pública en un diario local y nacional. A ello siguen otros 30 días disponibles para eventuales reclamos, objeciones y mejoras que terceros puedan realizar. Terminado este plazo se realiza una inspección pública y se elabora un informe técnico a través de la repartición local de la Dirección General de Aguas (en el transcurso de cuatro meses). Los costos del procedimiento son de cargo del solicitante. El informe es enviado para su revisión a Santiago, a la central de la Dirección General de Aguas. Ahí debe pasar secuencialmente los departamentos técnico, jurídico y administrativo (art. 134-139). Si en el transcurso de 30 días no se realiza ninguna objeción, de acuerdo al artículo 141 - que podría detener provisionalmente la entrega de la concesión - luego de firmada por el responsable en la Dirección General de Aguas la concesión queda a firme (art. 150). El o los usuarios son posteriormente notificados públicamente e inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Nacionales.

¿Qué consecuencias tiene para los habitantes de los oasis el primer tipo de concesión de aguas?

En la práctica, los sectores industriales tienen una ventaja frente a los habitantes de los oasis, ya que pueden desarrollar todo el procedimiento a través de sus abogados en Santiago. El corto plazo de veto de 30 días quita a muchas poblaciones, presididas por las Juntas de Vecinos, la posibilidad de detener el proceso ya iniciado; sólo les queda la alternativa teórica de realizar un proceso judicial conciliatorio, a través de abogados e intermediarios (art. 142).

2do. caso: En las disposiciones transitorias se estipula que un derecho de aprovechamiento ya inscrito pero no utilizado por el propietario, puede ser traspasado a un tercero si éste, por un plazo de cinco años, de manera libre, abierta y sin violencia practicó un aprovechamiento del recurso (art. 1 y 2). La diferencia para la concesión de este derecho radica en que el juez de letras decide como última instancia sobre dicho derecho de aprovechamiento (art. 5).

Nuevamente las grandes empresas mineras se benefician con esto, ya que utilizan depósitos de agua de manera indirecta, que en teoría corresponderían a las comunidades, pero que no son aprovechados por éstas ya que por razones técnicas no los pueden explotar.

3er. Caso: Una comunidad de aguas surge cuando dos o más personas poseen el derecho de aprovechamiento de la misma fuente o canal, o practican la misma forma de recuperación de agua en un terreno. No es necesario que tengan en ello un interés conjunto de aprovechamiento (Título III, art. 186). A través de la formación de una Junta de Vigilancia, por iniciativa del usuario, que jurídicamente depende del Juez de Letras local y de la Dirección General de Aguas, debe llevarse un libro de turnos de distribución del recurso. Las Juntas conforman en este caso la primera instancia administrativa para los reclamos (Título III, art. 263-293)

Los artículos 187 a 256, regulan el camino jurídico que una comunidad de aguas debe seguir. Datos esenciales en la declaración son el nombre de los usuarios, la comuna, las fuentes del agua, así como los derechos existentes de distribución de aguas. Datos complementarios son el nombre y demarcación geográfica del terreno que recibe el agua a través de las respectivas fuentes y canales. Los vecinos a la fuente o al canal deben formar un Directorio, que será responsable del funcionamiento de la comunidad de aguas. El último paso es el registro en el catastro central del derecho de aprovechamiento de aguas y la inscripción en la Dirección General de Aguas como comunidad de aguas (art. 257).

Los artículos 177 a 180 señalan otra particularidad en relación a los derechos colectivos de aguas: el artículo 177 estipula que algunas sentencias sobre la legalidad, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento pueden ser resueltas de acuerdo al Código Civil, en el que grupos - en nuestro ejemplo los Aymarás y atacameños - pueden obtener el estatus jurídico de órganos (constitución judicial) para derechos de aprovechamiento no inscritos. En todo caso, el reconocimiento de este estatus requiere de varios dictámenes judiciales. De lo contrario, las solicitudes de dichos grupos permanecen sólo como solicitudes individuales (ver caso 1.).

11.1 Estrategias jurídicas alternativas para reconocer los derechos indígenas al agua

Debe tenerse presente que la utilización de las aguas indicado en el Código respectivo es a través de un derecho real de aprovechamiento, con determinadas características que contrastan con el uso de las aguas que tradicionalmente han efectuado las comunidades indígenas de la I y II Región. Así por ejemplo, su ejercicio no es obligatorio. Sin embargo las comunidades indígenas regulan su uso entre sus miembros conforme al empleo que cada uno de ellos realiza.

No deja de sorprender que luego de que el artículo 40 señala que la CONADI puede recibir a título gratuito derechos de aguas del Fisco, organismos públicos o privados para entregarlos a las comunidades indígenas en propiedad, uso o administración. No queda claro en primer lugar a que título la CONADI recibe los bienes, si son donación, usufructo, comodato, etc. En segundo lugar tampoco queda claro a que uso se refiere, si es al derecho de uso establecido en el Código Civil, al derecho de uso con las restricciones aplicable en la ley indígena (artículos 13, inciso segundo, 17, 35, y 56) los que a nuestro juicio son aplicables sólo al caso de las tierras o a las acciones de uso consistentes en aprovechar la cosa parte del usuario.

También no deja de ser curioso que el procedimiento judicial sea diverso tratándose de tierras indígenas que de aguas indígenas, ya que el artículo 56 de la Ley Indígena solamente establece un procedimiento especial tratándose de cuestiones relacionadas con las tierras indígenas sin mencionar para nada el caso de las aguas.

Respecto de la disposición del artículo 64 que regula las aguas de las comunidades aymarás y atacameños, la redacción del artículo en comento presenta algunas imprecisiones como es el caso de la frase *“serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena...las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad”*. Si estas aguas no se encuentran inscritas, y tal parece ser el caso en que se puso el legislador y siendo los terrenos de propiedad de la comunidad, sería el único caso de la legislación chilena en que serían las aguas y no los derechos de aprovechamiento sobre ellas de propiedad de particulares. Sin embargo al calificar el Código Civil en su artículo 595 así como el Código de Aguas en su artículo 5° a las aguas como bienes

nacionales de uso público se está frente a una manifiesta contradicción. Ya que las aguas por su carácter están fuera del comercio humano. En otras palabras, los bienes nacionales de uso público no pueden ser objeto de apropiación por particulares (Parsons Alvarez, 2001).

Por ello, entendemos que una posible interpretación de la expresión acotada es que sin ser las referidas aguas de propiedad de las comunidades aymarás y atacameños por las razones antedichas, se reputan de tal calidad para una efectiva protección del ecosistema que conforman las aguas y tierras indígenas y que como tal, son inseparables, ya que actúan como una unidad funcional.

En este análisis cabe finalmente acotar lo señalado en el artículo 3° transitorio de la ley N° 19.253, que señala la obligación para la Dirección General de Aguas y la CONADI de suscribir un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameños. Estos **derechos no requieren de su inscripción para su existencia**. La inscripción sólo cumple un rol de certeza jurídica y dicha inscripción puede llevarse a cabo a través de lo dispuesto en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, si se han poseído sin violencia ni clandestinidad y en forma ininterrumpida

El estatuto legal de los derechos consuetudinarios se encuentra, en primer lugar, en el artículo 7 del decreto ley 2.603, de 1979, que dispone:

"Se presumirá dueño de un derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua."

Este artículo es una pieza clave en el sistema de reconocimientos de derechos de agua, y cubre en especial la situación de los regantes (véase Venezian y Gurovich, 1980). Hay autores como Vergara Blanco (1998) que ven en el artículo 7° del decreto Ley No. 2.603 de 1979 el origen del "reconocimiento" de los derechos consuetudinarios de agua, ya que el objetivo de este texto legal dictado en plena dictadura militar, se desprende según él, de sus "considerandos", que fue "iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento". Con estos fines el DL 2.603 comenzó por reforzar y en parte acaparar el estatuto de los derechos de agua, otorgando a sus titulares "propiedad sobre el derecho"¹⁴⁰.

Es importante comprender el alcance de la clasificación constitucional en virtud de la cual se distingue entre los derechos de aguas "reconocidos", por una parte, y por la otra los derechos de aguas "constituidos"; y, además, para comprender su estrecho vínculo con los artículos 7° del DL 2.603, de 1979, y demás artículos del actual Código de Aguas, que reconocen otros tipos de derechos (como por ejemplo los artículos 20 y 56) y con los artículos 2° y 5° transitorios del Código de Aguas, que establecen procedimientos regularizadores, también para los derechos indígenas de agua.

En el fondo, en el artículo 7 del DL 2.603 encuentra su fundamento el procedimiento de regularización de derechos de aguas consuetudinarios. Tal artículo,

¹⁴⁰ La técnica legislativa de entonces consistió en incluir en el No. 16 del artículo 1° del Acta Constitucional No. 3 de 1976, el inciso que posteriormente insertaría en forma textual la Constitución de 1980 en su art. 19 No. 24, y que se transcribe arriba.

además de establecer una poderosa presunción de "dominio del derecho de aprovechamiento de aguas (y que por lo tanto implica una aplicación inmediata del artículo 19 No. 24 inciso 10° de la Constitución, y de todo su entramado sustantivo y procedimental), es el origen del "reconocimiento" de los usos consuetudinarios de aguas, y es central para comprender el espíritu del procedimiento de regularización de derechos de aguas establecidos en el artículo 2 transitorio del Código de ramo.

El artículo 7° del DL 2.603, de 1979, refleja el propósito del legislador chileno de presumir que los usos consuetudinarios de aguas, cumpliendo los requisitos correspondientes, constituyen derecho; Los "reconoce", como señala la Constitución.

Pero el caso chileno es de particular interés, ya que el dominio de un derecho de agua se ve respaldado por la Constitución de 1980 que en su artículo 19, No. 24, inciso 10 señala que:

"Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos."

Ahora bien, lo absurdo de esto, es que dicha "propiedad" alcanza a estos derechos consuetudinarios (que son "reconocidos" por el art. 7 del DL 2.603, de 1979), y, posteriormente, el artículo 2 transitorio del Código de Aguas de 1981 establece el mecanismo legal de "regularización" de tales usos¹⁴¹.

Entonces, los derechos de aguas consuetudinarios que no están inscritos (lo que cuenta para la mayoría de los derechos de agua en Chile), por esta falta de inscripción no adolecen de problemas de existencia, sino de un mero problema de falta de formalización de registrar, falta que no implica la inexistencia del derecho (Vergara, 1998). En otras palabras: es un derecho sobre el cual se tiene "propiedad" y que precisamente por ello debe ser "reconocido"; y para tal efecto se ha creado un sistema de "regularización" que permite su ulterior inscripción (Peña, 1997).

La vigencia del art. 7° del DL 2.603 y su fuerza jurídica se reconoció recientemente en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, ya en democracia, el 18 de julio de 1991¹⁴², confirmada por sentencia de la Corte Suprema, de 4 de abril de 1995. Reviste una gran transcendencia la doctrina de la sentencia transcrita, pues contiene una argumentación dirigida a dar protección y resguardo a los derechos de aguas consuetudinarios nacidos con anterioridad a la última codificación de la materia, ocurrida en 1981. Esta argumentación contiene también una reafirmación en cuanto a la importancia de la presunción de existencia de derechos de aguas contenida en el artículo 7° del DL No. 2.603, y a la fuerza superlativa de esta presunción "de dominio", como señala el fallo.

Ahora bien, justamente el gran problema de los derechos de aprovechamiento de agua y de su tan anhelada certeza jurídica por los juristas es la falta de una "formalización" (véase Vergara, 1997), es decir, la falta de conocimiento del contenido de cada derecho o

¹⁴¹ Véanse adjuntamente, los artículos 1° y 5° transitorios del Código de Aguas, que establecen otro mecanismo de regularización, para otros tipos de derechos de aguas.

¹⁴² Trátase el caso "Sociedad Colectiva Civil Administradora de Aguas Pampa Algodonal con Director General de Aguas. En el caso citado, la Dirección General de Aguas, por resolución de 1989, había establecido los derechos de aguas que correspondían a los diferentes usuarios de las mismas en el Canal Azapa, excluyendo a los recurrentes, lo que la Corte estimó contrario a derecho, pues desconocía un derecho existente. Sobre la existencia de estos derechos había suficientes antecedentes, que expone la sentencia, reforzando tales antecedentes con la poderosa presunción y "reconocimiento" de derecho, contenida en el artículo 7 del DL 2.603, de 1979 (véase Vergara, 1998).

título privado. O sea para conocer esta realidad, es necesario estudiar los distintos tipos de derechos que existe en Chile, y que posibiliten usos legítimos al agua (Bauer, 1995).

En suma, no sólo existen en Chile derechos de aguas inscritos en el Registro especial de Propiedad de Agua a cargo del Conservador de Bienes Raíces, sino también hay una gran cantidad de usos consuetudinarios, cuyos títulos no están inscritos, los que no obstante se encuentran reconocidos y protegidos por la legislación. Además, la Dirección General de Agua no tiene un catastro completo de todos los usos de agua (inscritos o no inscritos), pero si se encuentran (al menos deberían encontrarse) en las organizaciones de usuarios (cuando las hay). Pero estos derechos no tienen el valor de certeza jurídica. En total, esta no situación es una gran limitante para el funcionamiento de un mercado de aguas como señala Vergara (1998b) uno de sus defensores:

"Así, aun cuando se quisiera hacer operar un "mercado" de derechos de aguas separados de la tierra, nos encontramos con problemas de certeza en cuanto a los títulos, pues el sistema de inscripciones y de archivo no es completo. Entonces, la existencia de muchos derechos de aguas no inscritos, que son consuetudinarios, que no están regularizados, y que en la actualidad no es obligatorio para sus titulares regularizarlos y registrarlos, cuyo valor y eficacia resulta difícil de constatar, impiden un funcionamiento efectivo de un "mercado", por falta de certeza" (Vergara, 1998b:386).

La solución según los juristas chilenos? Buscar las vías para incentivar a todos los usuarios de aguas en el país, de inscribir sus derechos, ya sea en el registro de Aguas que llevan los Conservadores o en el Catastro Público de Aguas que debe llevar la Administración (Art. 122 CDA), cuyo reglamento aún no se dicta, a pesar de haber transcurrido veinte años desde la vigencia del Código. Y a partir de ahí, fortalecer los usuarios como participantes en un sistema mercantil de derechos de agua transables y vendibles.

Para algunos abogados como Ojeda Fracei (2001) y Parsons Alvarez (2001), no cabe duda de que a estas comunidades les es aplicable plenamente el artículo 7° del D.L. N° 2.603, que reputa dueño del derecho de aprovechamiento a quien se encuentra usando efectivamente las aguas. Textualmente señala *"Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso de la aguas"*.

En otras palabras, el artículo 7 del Decreto Ley No. 2.603, de 1979, refleja el propósito del legislador en el sentido de que los usos de agua que cumplan determinados requisitos, constituyan derechos y, por tanto, puedan regularizarse a través de su inscripción en el registro Conservatorio respectivo. Ello significa, según Ojeda F. (2001:4) *„un reconocimiento administrativo de la existencia de los mismos y no de su constitución, pues ellos ya existen, y la finalidad no es otra que incluirlos en los registros correspondientes facilitando su transferencia y transmisión“*.

A criterio de la Dirección General de Aguas, esta es una presunción de un reconocimiento es simplemente legal y no de derecho, ya que en caso contrario, el legislador así lo habría expresado.

Recordemos que el Código de Aguas en el primer inciso del artículo 181, expresa que *"el titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción del artículo 7° del D.L. N° 2.603, de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el*

aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes, podrá ocurrir ante el juez competente a fin de que se le ampare en su derecho."

De acuerdo a lo anterior, el reconocimiento del derecho de aprovechamiento, se obtiene por medio de una sentencia judicial ejecutoriada, dictada de acuerdo al artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Por esta razón el artículo 1° del D.L. 2.603 señala que los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos en conformidad a la ley otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos. Al hablar de derechos reconocidos, se refiere a una sentencia judicial y no a la ley, porque la ley no reconoce derechos sino que los otorga o confiere mediante el procedimiento en ella indicado (Parsons Alvarez, 2001).

Aunque la ley no define ni caracteriza a estos "derechos ancestrales", de la propia ley pueden deducirse que corresponden solo a los pueblos indígenas que la ley señala (aymarás y atacameños), que deben haber sido usados por las comunidades indígenas (no por individuos determinados) y que dicho uso sea ancestral o sea de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, tradicional y de origen remoto, vale decir, usados de una manera determinada y desde antiguos tiempos¹⁴³.

Como conclusión podemos decir que aunque las comunidades aymarás o atacameños están sujetos a los mismos principios del Código de Aguas en lo que respecta a la unidad de la corriente (es decir que la hoya hidrográfica está conformada por todos los afluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, subterránea o superficial), al respeto de los derechos de terceros, al principio de **igualdad ante la ley**, hay diferencias en lo que respecta al ejercicio del derecho, ya que lo ejercen las comunidades y no los individuos (siempre que su uso sea ancestral); en su ámbito de aplicación, más restrictivo ya que los derechos de terceros que reconoce el artículo 64 de la ley indígena deben tener el requisito de estar "inscritos" y en su necesidad de estar ligados a los territorios indígenas, al revés de la legislación general, que separa el dominio de las aguas de las tierras.

11.2 Evaluación crítica del Código de Aguas chileno con respecto al derecho indígena

La pregunta que economistas y juristas se plantean, es decir, cómo y en qué medida derechos de agua transferibles activarán el mercado y qué problemas traerán, demanda un análisis detallado de las premisas de la administración del agua. Junto a los componentes sociales de una justa administración del recurso, surge el componente ecológico para la evaluación e interpretación de la legislación liberal, a más tardar desde la Conferencia de las Naciones Unidas de Río de Janeiro en 1992 y, en concreto, con la promulgación de la *Ley de Bases del Medio Ambiente*, No. 19.300. También las autoridades estatales chilenas deben ganar peso en los conflictos socioambientales.

¿Qué evaluación hacen los expertos del *Código de Aguas* de 1981? ¿En qué dirección van las propuestas de mejoras y modificaciones de la actual legislación?

Desde el punto de vista jurídico hay tres aspectos del *Código de Aguas* de 1981 que se pueden destacar como positivos: la seguridad legal del propietario de un derecho de

¹⁴³ El mismo Parsons Alvarez (2001) considera que, con respecto a la etnia mapuche y rapa nui, esta forma de regular sus derechos de aguas no es aplicable, ya que la ley no se refiere a ellos, pero pueden adquirir sus derechos de aprovechamiento a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas que administra la CONADI.

aprovechamiento, la flexibilidad y movilidad de la transferencia de derechos, y la libertad de uso y transmisión de títulos legales de agua (Jaeger 1997:4ss.).

Dichos aspectos son señalados como complementos para demandar un eficiente mercado del agua que, de acuerdo a Peña (1996:10ss.) y Vergara Blanco (1997:375), descansa sobre las siguientes bases:

Un mercado libre que reacciona flexiblemente ante la entrega de concesiones de agua a sectores económicos importantes (minería, riego); un mercado del agua que representa, en general, un mercado de corto plazo¹⁴⁴; así, las consecuencias de períodos de sequía pueden ser morigeradas y los sectores que usan intensivamente agua (plantaciones frutícolas, viñas, etc.) pueden ser rápida y desburocratizadamente provistos de ella; y una legislación liberal que, sin embargo, se demuestra capaz de cautelar equitativamente el valor social del recurso y definir claramente los derechos concesionados.

Desde la óptica jurídica se cristalizan la utilización efectiva y sustentable, como las premisas fundamentales del derecho de aprovechamiento de aguas. Ellas rompen, sin embargo, total o parcialmente con los mecanismos del libre mercado promovidos por los economistas.

La entrega gratuita de derechos de agua exige, junto a la solicitud y a la comprobación técnica de la cantidad de agua disponible en la respectiva fuente, la seguridad de que el nuevo derecho no lesiona otros de terceros concedidos con anterioridad. Para ello, el Estado garantiza una protección constitucional. A la libertad de aprovechamiento del agua sólo se le oponen escasas limitaciones. Un derecho de aprovechamiento puede implicar en la práctica el consumo completo de la fuente.

La limitación de los órganos jurídico-públicos, representados por la Dirección General de Aguas, es evidente:

"... no puede introducirse ni en la distribución de las aguas (que se realiza descentralizadamente por las organizaciones de usuarios) ni puede resolver los conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios o por tribunales de justicia). En ningún caso puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas que se llevan libremente adelante entre los usuarios (...)" (Vergara Blanco 1997:379).

También en su eficiencia económica demuestra el mercado chileno del agua ciertas falencias. Una mirada a los llamados factores *gains-from-trade* en relación con los mercados regionales del agua, demuestra que sólo funcionan parcialmente¹⁴⁵. En especial

¹⁴⁴ De acuerdo a las investigaciones regionales de Ríos Brehm/Quiroz (1995), para los años 1993-1995 en las zonas suburbanas de Santiago de Chile, Valle de Elqui y el Norte Grande, quedó claro que un 85% de las transacciones hechas se realizaron entre pobladores y centrales de abastecimiento de agua, así como industrias madereras. En ello, el mercado de transacciones temporales fue mucho más activo que el de transacciones permanentes. El mercado mismo no discrimina entre recursos utilizados y no utilizados, y tiende a la monopolización, ya que "... *the market is unable to solve the situation by allocating the resource to its best valued use, be it consumptive or non-consumptive.*" (Ríos Brehm/ Quiroz, 1995:13).

¹⁴⁵ Zonas como el Valle de Azapa, el Valle de Elqui, la Región de Tarapacá, así como el Salar de Atacama quedan casi completamente bajo la tutela de la Dirección General de Aguas, producto de sus frágiles sistemas hidrológicos y de la permanente escasez de agua. Resulta casi imposible introducir ahí mecanismos de mercado. Además de ello, la explotación de recursos de agua subterráneos de las vegas y bofedales en las zonas mencionadas está prohibida por el artículo 58 del *Código de Aguas*:

"... *no podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimentan áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y Antofagasta, sino con*

en las zonas secas se evidencia el problema de la falta de autoridad del Estado para modificar derechos de aguas, así como la deficiente descentralización de la administración de aguas. Otro aspecto problemático es que sólo entre el 35% y el 50% de las concesiones de aguas en Chile poseen estatuto legal, la gran mayoría (entre 50% y 65%) corresponden a posesiones basadas en el derecho consuetudinario y no son ni legales ni transferibles (Hearne 1995a; Hearne/ Easter 1995b).

Como síntesis de las afirmaciones de Ríos Brehm/Quiroz (1995:26-9), Jaeger Cousiño (1997:4-6), así como de otros trabajos (Gentes 1998:3-6), las principales deficiencias del *Código de Aguas* se pueden organizar de la siguiente manera:

a) Ámbito socioeconómico:

Primeramente, se puede mostrar que los mecanismos de mercado en el ámbito del agua sólo funcionan en aspectos particulares; no hay frenos a las especulaciones. Esto lleva en el mediano y largo plazo a la monopolización de la totalidad de los derechos de agua en manos de los principales (y privatizados) sectores industriales: riego, minería e hidroeléctricas. La "lógica del mercado", conduce, por un lado, a conflictos a nivel regional (entre propietarios individuales) e institucional (entre los propios ministerios). Por otro lado, se producen discrepancias legales entre usuarios, basados en el derecho consuetudinario y derechos registrados.

Si bien las formas de aprovechamiento, como las de las comunidades de agua, tienen protección legal, esa es insuficiente, y en los hechos la presión económica por explotar tierras y recursos hídricos determina la política estatal de aguas. A través de ello, son perjudicadas comunidades de agua (indígenas) existentes en aspectos esenciales como acceso, distribución y seguridad de sus derechos de aguas.

b) Ámbito ecológico:

El análisis de los archivos de la Dirección General de Aguas deja ver que el futuro del Norte Grande, en vista de una ampliación del sector minero que reclama un uso intensivo de agua, corre paralelo a un abandono extremo del -esencialmente sustentable- sector agrario. Tanto a la flora y fauna del sector, como a sus habitantes, le continuarán siendo impuestas -como ya lo demostró claramente la contaminación del río Loa en los años 1996 a 1998- mayores (e imprevisibles) cargas. La legislación del medio ambiente, sobre cuyas normativas respecto de las penas en caso de infracciones aún no se decide, no cambiará nada en un futuro próximo.

El control sobre la calidad del agua y la contaminación de ésta es insuficiente. Ambos aspectos no son mencionados por el actual *Código de Aguas*. Talar en las cercanías de hoyas hidrográficas provoca erosión y sedimentación, por lo que los usuarios que se encuentran río abajo reciben un agua de mala calidad. Por otro lado, su uso industrial (minería, por ejemplo) significa una sobreutilización y sobrecarga de las reservas de agua (véase Berghammer, 1994).

El futuro manejo del agua debe comprender en un mínimo el tratamiento ecológico de aguas residuales, y la Dirección General de Aguas debería, bajo determinadas circunstancias, poder comprar derechos de aguas. La hegemonía de los principios de mercado provoca daños ecológicos permanentes. En general, determinadas restricciones de la Ley de Medio Ambiente deben ser asumidas por el *Código de Aguas*.

c) Ámbito Jurídico:

La limitada inscripción en el Registro de los Derechos de Aguas válidos es demasiado deficiente. Junto a ello, la falta de garantías tanto en el *Código de Aguas* como en el de Minería respecto del uso productivo del recurso, trae consigo varios problemas. Las aguas subterráneas no son vistas en su interacción con las aguas superficiales; tampoco está prescrita una explotación óptima y activa, y no se establecen costos para derechos de aprovechamiento no utilizados.

Unánimemente, los juristas piden un pago de patente en caso de no utilización de los derechos de aprovechamiento, una concesión de cuotas de agua (cantidad, tiempo) como mecanismo complementario de control, la formación de organizaciones en la cuencas hidrográficas con el objetivo de lograr un uso integral, el desarrollo de infraestructura técnica para la conducción del agua y embalse de las aguas corrientes, así como una mejoría del archivo jurídico de los derechos de aguas (Floto, 1997; Jaeger Cousiño, 1997; Vergara Blanco, 1997; 1998).

Desde 1992, existe un proyecto de ley destinado a modificar el actual *Código de Aguas*. Algunos de los objetivos centrales de la reforma son la introducción de un pago para derechos entregados pero no en uso, un aprovechamiento efectivo del agua, asegurar un *caudal ecológico*, así como la ampliación de las atribuciones jurídicas de la Dirección General de Aguas, a fin de otorgarle mayor influencia en el ámbito de las transferencias, conservación y administración del recurso¹⁴⁶. Junto a ello se persigue educar a la población para que tenga un trato más cuidadoso con el recurso.

Precisamente contra el intento de ampliar la potestad de la Dirección General de Aguas se oponen los liberales-conservadores del centro de investigación Instituto Libertad y Desarrollo; ellos temen un regreso al centralismo de los años '70 y un corte radical en los mecanismos de libre mercado del sector agua (*El Mercurio*, Santiago de Chile, 15.2.1993:26).

Vimos, en lo anterior expuesto, que varias leyes en el ámbito de los derechos indígenas a los recursos, que se hacen cargo de la cuestión del agua, han ido en beneficio de los sectores económicamente productivos (minería, pesca, industria maderera). De este modo, el conflicto entre la *Ley Indígena* y el *Código de Aguas* adquiere una nueva dimensión procesal. En el acápite siguiente nos interesa analizar las principales posibilidades que las comunidades indígenas tienen de proteger sus recursos, de acuerdo a la *Ley Indígena* promulgada en 1993. Al respecto, reclaman una consideración detallada las posibilidades de obtener derechos colectivos por parte de las -legalmente reconocidas- comunidades de agua del Norte Grande de Chile.

¹⁴⁶ El hasta cierto punto apasionado debate que viene registrándose desde 1992 sobre la reforma del *Código de Aguas*, puede ser seguido a través de la prensa chilena. En él se encuentran abogados y representantes de sectores ecologistas y administrativos con defensores de la teoría del libre mercado y del sector agroexportador (ver *El Mercurio*, "Revista del Campo", Santiago de Chile, de 3.4.1995; *Estrategia*, Santiago de Chile, de 5.1.1995, *El Mercurio*, Santiago de Chile, del 23.4.1995:D 9, *El Mercurio*, Santiago de Chile, del 20.5.1996:A1;A10; *El Diario*, Santiago de Chile, del 5.6.1996, *Las Últimas Noticias*, Santiago de Chile, del 17.7.1996, *El Mercurio*, Santiago de Chile, del 1.10.1996: A 3, *El Mercurio*, Santiago de Chile, del 24.10.1996:A 2; *Estrategia*, Santiago de Chile, del 9.6. 1997:51;52).

A modo de conclusión:
***Status quo* e interrogantes para la elaboración de un catastro del reconocimiento de los derechos y los usos y costumbres indígenas consuetudinarios de agua**

Desde la óptica de los indígenas las estipulaciones centrales del Código de Aguas de 1981 se pueden resumir de la siguiente manera:

1. El agua es un bien nacional, sobre el cual, en determinados casos, se puede disponer de un derecho privado de aprovechamiento;
2. entre el agua y la tierra se realiza una separación jurídica;
3. un derecho comunitario sólo aparece en forma muy limitada para las comunidades de aguas. Que esto no se consiga, lo impiden las empresas mineras a través de la compra de los títulos individuales;
4. al derecho colectivo de distribución a nivel de los ayllu se contraponen una jurisprudencia orientada nacionalmente;
5. el rol del Estado como instancia posterior de control es, por otra parte, muy limitado; se reduce sólo a controlar la corrección del procedimiento de entrega;
6. se introduce el concepto de no aprovechamiento, esto es, derechos de aprovechamiento ya inscritos pueden ser utilizados por terceros durante un período de tiempo;
7. las distintas listas de formas de aprovechamiento son suprimidas; y
8. no existen listas de prioridades estatales para el aprovechamiento del agua (anteriormente se había privilegiado a la minería): se da manga ancha a la compra y venta de los derechos de aprovechamiento.

Desde 1993, esta marginalización jurídica de las comunidades indígenas norteñas se encuentra en abierta contradicción con la Ley Indígena, más precisamente, con los artículos 20 al 23 y 64 y 65. Los primeros tratan de la fundación de un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, para la adquisición, protección y construcción de fuentes de agua para las comunidades. Los otros artículos destacan la (futura) protección especial para las aguas de las etnias norteñas Ayamara y Atacameños, lo que, en cualquier caso, no debe atentar contra los derechos de aprovechamiento ya inscritos, de acuerdo a las bases del Código de Aguas¹⁴⁷. El artículo 12 garantiza además la protección de las propiedades indígenas personales y colectivas, luego de su ingreso en un catastro estatal. Implícitamente, entonces, la Ley Indígena suprime la separación jurídica entre tierra y agua. Derechos de aguas pueden ser solicitados tanto a través de postulaciones individuales como por comunidades indígenas protegidas legalmente. En los artículos 9 al 11 se les entrega a los indígenas y las instituciones asociadas a ellos un estatus legal; es formada una nueva persona del derecho privado: la comunidad indígena¹⁴⁸. Como consecuencia de ello, las

131 Art. 64:

"Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán consideradas bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los Ríos, canales, acequias, vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, Ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas."

Art. 65:

"La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados de las etnias aimara y atacameña."

¹⁴⁸ El inciso tercero del artículo 10 de la Ley Indígena señala:

infracciones a lo dispuesto por la Ley Indígena pueden ser sancionadas de acuerdo al artículo 467 del Código Penal.

El Estado se obliga a controlar y proteger las nuevas concesiones de tierras y aguas conseguidas por los indígenas gracias al Fondo, que en general son entregadas por 25 años (art. 13 y 22). Un punto de roce de la Ley Indígena queda en seguida claro: remitiéndose a la obligación estatal de protección de las comunidades indígenas (ver art. 1) exigen los artículos 26 y 27 el establecimiento de áreas de desarrollo indígena por parte del Ministerio de Planificación. Precisamente en este ámbito interactúa la Ley Indígena con otros cuerpos legales, como la Ley de Medioambiente, los códigos de Minería y de Aguas; en cuanto el etnodesarrollo y la protección del medio ambiente deberían ir a la par. El Estado representa aquí posiciones encontradas (por ejemplo, minería, riego, economía maderera, hidroenergía) con el reconocimiento y derechos de las comunidades indígenas (Muñoz Ponce 1997, Toledo Llancaqueo 1996).

A pesar de la protección legal de la identidad y recursos indígenas por parte del Estado, éstos permanecen dependientes de la administración y exigencias financieras del Fondo¹⁴⁹.

El Código de Aguas de 1981 representa la reglamentación dominante sobre la problemática del agua en el Norte Grande. La existencia de una "doble legislación" (el Código de Aguas contra la Ley Indígena), junto con la compleja interpretación del Código de Aguas, no permiten reconocer un propósito claro por parte del Estado chileno, en el sentido de resolver la cuestión del agua en beneficio de las comunidades indígenas.

Sin embargo, es posible señalar algunos avances: a través de un decreto de gobierno, de 10 de marzo de 1997, la zona de Atacama la Grande fue declarada "área de desarrollo indígena"¹⁵⁰. Como razón de ello se esgrimió, junto a la composición mayoritariamente indígena de la población del área, la homogeneidad ecológica del desierto andino y la formación cultural y económica de las comunidades atacameñas, que tradicionalmente han estado en estrecha unión con el entorno natural y el recurso agua. Al mismo tiempo, el hecho que las comunidades indígenas viven en extrema pobreza exige programas de desarrollo estatales que:

"... la comunidad indígena gozará de personalidad jurídica por el solo hecho de realizar el depósito del acta constitutiva. Cualquier persona que tenga interés en ello podrá solicitar a la Corporación el otorgamiento de un certificado en el que conste esta circunstancia."

¹⁴⁹ Como ejemplo se puede señalar que los medios dispuestos para la necesaria inscripción en el catastro en el caso de los Aymara de la I. Región, en el año 1996, no fue superior a 220.000.000 de pesos; un monto bastante restringido si se le compara con las posibilidades financiera de las grandes empresas mineras (Toledo Llancaqueo, Victor 1996:11).

¹⁵⁰ El Decreto No. 70 de 10 de marzo de 1997 declara:

"1°. Declárese Área de Desarrollo Indígena, conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley No. 19.253 [Ley Indígena, nota del autor], al territorio ubicado en la comuna de San Pedro de Atacama, Provincia El Loa, II Región de Antofagasta, comprendiendo entre los siguientes límites:

Oeste y Norte: La Cordillera de Domeyko, desde el trigonométrico cerrillo hasta el cerro Quimol; la línea de cumbres que limita por el poniente y norte la hoya del salar de Atacama desde el cerro Quimol hasta los cerros del Tatío, pasando por la cota 3429, el cerro Bardo, el cordón Barros Arana, el cerro Chuschul, el morro Cáblor y el volcán Tatío.

Este: Los límites con Bolivia y Argentina, desde los cerros del tatío hasta el cerro del Rincón.

Sur: El límite con Argentina, desde el cerro del Rincón hasta el cerro Salín con el trigonométrico Cerrillos, pasando por el cerro Pajonales, la cota 3536 y el cerro Pingo Pingo.

2°. La declaración del Área de desarrollo Indígena, dispuesta por el presente Decreto, tiene por finalidad la focalización de la acción que, de conformidad a la ley, corresponde desarrollar a los organismos de la Administración del Estado en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades."

" ... focalicen su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades, así como la adopción de medidas que tiendan a la ejecución de planes, proyectos y obras en su beneficio" (MIDEPLAN, Decreto Supremo No. 70, 10 de marzo de 1997:4).

Paralelo a ello, la organización estatal indígena CONADI lleva adelante desde 1994 un programa destinado a consolidar y regularizar los derechos indígenas colectivos de agua de las comunidades, entre las que se cuenta el área al norte de Calama¹⁵¹. Del informe de investigación se desprende, en qué medida el recurso libre agua lleva a problemas de abastecimiento y obtención de ésta en las comunidades andinas; sólo una inscripción colectiva de una gran parte de las poblaciones indígenas como comunidades indígenas de aguas¹⁵² y su posterior agrupación en organizaciones de usuarios, de acuerdo a los artículos 12, 113 y 114 del Código de Aguas de 1981, les da una cierta seguridad jurídica. Una opción a esto parece no existir¹⁵³:

"Sin inscripción, las aguas quedan en el más absoluto desamparo: pueden ser usurpados o concedidas a terceros con grave perjuicio para las comunidades indígenas que las han usado históricamente" (CONADI 1997:5).

Entre las comunidades Aymará de la I. y II. Región, hasta fines de 1998 fueron inscritas 32 comunidades indígenas como comunidades de aguas. Ello representa un número total de 4700 personas y un volumen total de 4219 l/s¹⁵⁴ (El Mercurio, Santiago de Chile, 5.12.1998). En vista de proyectos ya anunciados por la mediana y gran minería, paralelo al marco financiero restringido de la CONADI¹⁵⁵, que no le permite comprar nuevos derechos de aguas, amenaza a la región un desastre ecológico.

Si se va un paso más allá, los conflictos se producen en la superficie de roce entre una forma social y ecológica compatible de desarrollo - jurídicamente normada como medio ambiente - y la Ley Indígena, por una parte, y un tipo unilateral de desarrollo de libre mercado, orientado sólo a la generación de ganancias y normado por la legislación de los Códigos de Minería y de Aguas, por otro lado. Los planes elaborados por la CONADI para el desarrollo de las etnias del norte de Chile, promueven un "desarrollo con

¹⁵¹ En primera línea, este proyecto compete a las comunidades Chiu Chiu, Lasana y Caspana.

¹⁵² En este caso, son implicadas las disposiciones y obligaciones del Código de Aguas en relación a las comunidades de aguas (Título III, art. 186-256), como también la disposiciones referidas a la protección y desarrollo de la Ley Indígena (en concreto los artículos 12 al 19). En cualquier caso, de lograr la inscripción formal siguiendo las disposiciones del Código de Aguas, debe, de la totalidad de las personas jurídicas, emanar recién el derecho colectivo de uso. Nuevos problema se producen cuando algunos vecinos (indígenas o no indígenas) se niegan a realizar la solicitud colectiva; en este caso la CONADI debe intervenir como mediadora.

¹⁵³ De acuerdo a las declaraciones personales del abogado de la CONADI, Bob Vercovic, el peso de los títulos indígenas de aguas en la II. Región, en marzo de 1998, era la siguiente: por la CONADI fueron solicitados 2563 l/s, de los cuales 1920 l/s ya tenían validez como títulos de propiedad de comunidades indígenas, 16 demandas permanecían aún abiertas, la mayoría de las cuales eran entre comunidades indígenas y empresas mineras.

¹⁵⁴ De acuerdo a informaciones reservadas de la CONADI Norte (Iquique), en marzo de 1998 habían ya 4.426 l/s de derechos de comunidades indígenas de aguas inscritos; en la Región de Iquique otros 1.300 l/s; aquí había 20 demandas contra la empresa minera Condorhuasi en proceso.

¹⁵⁵ El año 1998 la CONADI disponía, en total, de U\$ 8.680.265, de lo que sólo el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, destinado a la compra de títulos de tierras y aguas, importaba U\$ 5.150.006 (ver Ministerio de Hacienda, Ley de Presupuesto Año 1998, Ley No. 19.540, en: Diario Oficial, Santiago de Chile, 12.12.1997). Dichos recursos deben repartirse además entre las diversas etnias, por lo que la mayor parte fue consumido por la regularización de los títulos de tierras de los Mapuches.

identidad"¹⁵⁶, sobre la base de formas de autorganización y administración de las comunidades indígenas, que actúen en el marco de un desarrollo sustentable. Sólo de ese modo es posible detener el proceso de "desarrollo del subdesarrollo" (Gunder Frank 1981). El discurso étnico, entonces, propaga un "desarrollo a escala humana" (Max-Neef, 1993), que debe ser dirigido por y para los grupos étnicos. En el caso de los Atacameños, estos es:

"El desarrollo al cual aspiramos y deseamos los atacameños, destaca la importancia de la persona; el fortalecimiento de nuestra cultura; el valor de nuestra identidad como pueblo; la defensa y recuperación de nuestras tierras y nuestras aguas; la autogestión del desarrollo; el mejoramiento agropecuario y la diversificación económica" (CONADI 1996b:118).

Los planes estratégicos de desarrollo de ambas etnias andinas, de 1996, parten de la premisa teórica de procesos culturales - propios o dirigidos externamente - de toma de decisiones, en el marco del modelo de modernización chileno. En ello tiene validez la elaboración de un nuevo modelo de desarrollo indígena, que parta como contrapuesto al de una identidad nacional - que tiende a la progresiva marginalización legal y económica de las minorías indígenas - y valore diferencialmente a éstas, en su identidad étnica histórica, cultural y religiosa. Un modelo contrapuesto, integrado e integrador, a la monótona ola de liberalización propiciada por el Estado, puede tener validez como "una opción democrática, respetuosa de los derechos humanos, participativa, con equidad, integrado e integrador" (CONADI 1996b:117).

Debe entenderse, finalmente, la diferencia fundamental que existe entre la tierra en la forma recogida por la legislación chilena y lo que se ha entendido como territorio en la legislación internacional, especialmente el Convenio No. 169 de las Naciones Unidas. Mientras la primera visión equivale al concepto de propiedad privada de los indígenas, la segunda se refiere a un concepto más amplio en lo cualitativo, porque abarca otras dimensiones, no sólo la económica, y en lo cuantitativo, porque no incluye sólo el suelo sino todos los elementos que conforman el hábitat (Lillo, 2001).

En general, la mayoría de las constituciones latinoamericanas (salvo Chile, Costa Rica y El Salvador), se han modificado durante los noventa, a fin de reconocer las demandas indígenas por la Tierra. La mayoría de las legislaciones (salvo Brasil y Chile), incluyó la mención de derechos colectivos y legítimos. Estas normas, pueden constituir restricciones importantes para la apropiación de recursos naturales, como demuestran algunos ejemplos¹⁵⁷.

El tema de los mercados de agua en América del Sur es aún incipiente. Existen zonas donde el fuerte desarrollo de los sistemas de riego se ha hecho con prohibición absoluta de transferir derechos, y otros países- como Chile- donde se permite la transferencia de derechos, con el riesgo de que los pequeños usuarios o comunidades indígenas pierdan sus derechos. En ambos casos el tema de la equidad y las prolijas de orden público, social y ambiental que se detallan en otros países (Alemania, Holanda o

¹⁵⁶ Del Plan Estratégico de Desarrollo Andino de 1996, y de su similar, el Plan Atacameño de Desarrollo de 1996, elaborados por la CONADI a partir de una serie de consultas en distintas comunidades rurales y urbanas de la I. y II. Región, se obtienen las indicaciones sobre el contenido de un "desarrollo con identidad": "Esencialmente, el desarrollo puede ser definido, a grosso modo, como la materialización de un acuerdo (político), que realizan los grupos humanos para asegurar y administrar, eficaz y efectivamente sistemas de producción y distribución para satisfacer el bienestar general de sus propios integrantes" (CONADI 1996a:11).

¹⁵⁷ Como en el caso de Río Balsas en México, en que por aplicación del Convenio se obtuvo la suspensión de la construcción de una represa en territorio Nahua (Véase Assies, W. y.o, 2000).

Norteamérica) se han dejado de lado. Incluso el Código Chileno ha sido criticado por tener una "falla crítica en su lógica económica de que los derechos de aguas son gratis" (Solanes/Dourojeanni, 1995:34), ya que los derechos son transferibles libremente y incondicionados, lo que ha creado una situación de privilegio en favor de un grupo reducido, cuya consecuencia es que una importante porción de los bienes nacionales de uso público *de facto* han dejado de ser funcionalmente tales (véase Dourojeanni/ Jouravlev, 1999).

Para el caso de los pueblos indígenas, como un sector pobre y marginado de la población, hay principalmente dos opciones: o se establecen derechos comunitarios y/o colectivos) de uso prioritario, inembargables e inalienables, pero fuera de un sistema de mercados de agua, o se reconocen y se protegen los derechos y usos consuetudinarios como un derecho constitucional de propiedad, dentro de un sistema de agua.

Ahora bien, es indispensable el punto de que en casos en que se prohíbe la disposición del derecho de usos o de aprovechamiento, la enajenación de éste y, por consecuencia la caducidad de la concesión otorgado. Quiere decir, no puede ni debe haber derecho que no se usa (efectivo y eficientemente) o que mal se usa (que daña o perjudica a terceros y sus respectivos derechos o su hábitat) (véase Gonzalez-Villareal y Solanes, 1999).

Este es punto clave, ya que al otorgarse una concesión, en definitiva es la posibilidad de que una persona utilice las aguas, no estando obligada para ello. No en todas las legislaciones - por ejemplo la chilena- se sanciona la no utilización, por ejemplo con la caducidad de la misma. Es absurdo y irracional, de un punto de vista del desarrollo equitativo y sostenible - ya que el agua es un recurso escaso y de dominio público- que existen recursos de todos que no se aprovechen equitativa y beneficiosamente, tal como indicamos anteriormente.

El Código de Aguas chileno define una permanente y total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, pudiendo usarlo o no en las finalidades que se deseen, transferir los derechos de agua en forma separada de la tierra y comercializar sus derechos en operaciones de venta, arriendo, hipoteca, etc. Estas amplias atribuciones sobre las aguas se otorgan con poca regulación, ya que no están sujetas a ningún tipo de cobro o tarifa por la titularidad del agua, a excepción de los impuestos de transferencia que procedan, como en la compraventa de cualquier bien.

La protección constitucional sobre la propiedad de los derechos de agua, si bien ha tenido la gran ventaja de otorgar a los titulares una gran seguridad para desarrollar negocios al agua como un factor de producción, también ha inducido algunos comportamientos que se perciben como negativos para un bien nacional de uso público.

En efecto, se han observado tendencias a la especulación y acaparamiento por parte de algunos usuarios, motivados por sus intereses económicos particulares (véase ENDESSA, la Escondida, entre otros), intereses de monopolizar mercados de ciertos productos, etc. A raíz de esto último, existe en la actualidad un proyecto de modificación del CDA, que pretende tarificar el no uso de agua por parte de los titulares.

Pareciera que en el tema indígena, algunos de los países bajo estudio elaboran cuidadosamente facultades administrativas y de planificación, sin una definición clara de los derechos y obligaciones de todos sectores interesados (pe. minería, agricultura, hidroeléctrica o maderera) y del gobierno, ni de medios substantivos y procedimientos para su defensa. El resultado son situaciones de indefinición y ambigüedad que no sólo crean

incertidumbres e inseguridad legal, sino que además no se traducen en el respeto efectivo de los intereses protegidos. Esto abre las puertas a consideraciones interesantes sobre el rol de la ley y de la administración. Problemas recientes en la región, que son de conocimiento público, hablan de la importancia del tema (Getches y Solanes, 1998).

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

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

Debido a esta gravante problemática, a nivel de las políticas públicas en América latina se deberían desarrollar urgente estudios de recomendaciones y puntos de reflexión, entre otros con respecto a los siguientes interrogantes y aspectos (véase Solanes y Getches, 1998; Bronstein, 1998):

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

la legislación nacional, en sede administrativa o judicial a su elección? Esta facultad tendría que incluir, por consecuencia, la de pedir todas las medidas precautorias a que haya lugar a efectos de proteger los derechos indígenas. ¿Las políticas públicas actuales estarán dispuestos a iniciar este proceso administrativo?

5. ¿Qué hacer con las áreas donde habitan mayoritariamente indígenas?; ¿la autoridad debe relevar e inscribir de oficio los usos y derechos con derivación o en flujo que los asisten? Cómo sancionar, en caso de no-cumplimiento de esa norma? Se hará responsable el funcionario público o el titular de la administración de aguas por los daños y perjuicios que hubieren lugar?
6. Las organizaciones indígena-campesinas exigen que los procedimientos para implementar estos procesos deberán garantizar durante todos los trayectos legislativos la audiencia, participación, la defensa de los derechos y la prueba constante de la mantención de los derechos y usos. ¿Habrá que establecer alguna instancia mayor que velará sobre la justa y equitativa distribución de las aguas?
7. Un argumento nuevo de algunos abogados es que también los derechos y usos indígenas *in situ* deberían ser reconocidos por legislación de aguas. Para eso será necesario, guste o no, codificar el tipo, la forma y la cantidad del derecho como un derecho de propiedad comunitaria, que sólo podrán ser sancionadas si no respetan un usos efectivo, beneficioso, y equitativo¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Véase al respecto los Principios de Dublín (1992) y la Visión del Comité Técnico Asesor para América del Sur (South American Technical Advisory Committee, SAMTAC) de la Asociación Mundial del Agua (Global Water Partnership, GWP): Water for the 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.

Allende, René

1995 *Derechos de aprovechamiento y mercado del agua en el caso del valle del Limari*, en: Anales de la 1a Conferencia Nacional sobre Desarrollo del Riego en Chile, Santiago de Chile, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Obras Públicas, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, febrero.

Anderson, Benedict (1993): *Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México, Fondo de Cultura Económica.

Anguita, Pablo/ Floto, Edgardo (Ed.)

1997 Seminario Internacional. Gestión del Recurso Hídrico. Santiago de Chile, Ministerio de Obras Públicas/ Dirección General de Aguas.

Anguita, Pablo

1997 *Gestión de Recursos Hídricos y Propuesta de Mejoramiento*, in: Anguita, P./ Floto, E. (Ed.) Seminario Internacional. Gestión de Recursos Hídricos, dto, p. 18-28.

Arévalo, Gonzalo

1998 *Aspectos generales del régimen de las aguas subterráneas en Chile*, en: Seminario "Institucionalidad y Gestión del Agua" (24 de noviembre) y Jornadas "I Jornadas de Derecho de Aguas" (25 de noviembre), Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo Económico.

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.

Assies, Willem/ Haar, Gemma van der/ Hockema, André (Ed.)

1999 El reto de la diversidad.- Pueblos indígenas y reforma del estado en América Latina.

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 J.

1995 *Against the current? Privatization, Markets, and State in Water Rights: Chile, 1979-1993*, Tesis doctoral, University of California/Berkeley.

Bauer, Carl

1997 *Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile*, en: World Development, Vol. 25, No. 5, p. 639-56.

Bauer, Carl

2001 *20 años del Código de Aguas chileno: lecciones nacionales e internacionales para las reformas del Derechos de Aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Beccar, Lily/

Boelens, Rutgerd/

Hoogendam, Raul

2001 *Derechos de agua y acción colectiva en el riego comunitario*. En: *Derechos de Agua y Acción Colectiva*, Instituto de Estudios Peruanos & P. Universidad Católica, Lima.

Beck, Robert E. (Ed.)

1991 *Water and Water Rights*. Vol. IV, Chapter 37 (Reserved Water Rights). Charlottesville/ Virginia, The Michie Company.

Bellah, Robert Nelly

1991 *The good society*. New York, Knopf.

Ben, Waita (y.o.)

1979 *Land in Solomon Islands*. Solomon Islands, University of South Pacific/ Institute of Pacific Studies.

Benda-Beckmann, Franz von/

Benda-Beckmann, Keebet von/

Spiertz, Joep

1998 *Equity and legal pluralism: taking customary law into account in natural resource policies*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): *Searching for equity* (dto), p. 57-69.

Bengoa, José

2000 *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.

- Berry, Kate**
1998 *Values, Ideologies and Equity in Water Distribution. Historical Perspectives from Coastal California, United States*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 189-200.
- Boelens, Rutger/
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, Rutger/
Dourojeanni, Axel/
Durán, Alfredo/
Hoogendam, Paul**
2001 La gestión de usos múltiples del agua y el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios. En: *Derechos de Agua y Acción Colectiva*, Instituto de Estudios Peruanos & P. Universidad Católica, Lima.
- Boelens, Rutgerd/ Hoogendam, Paul**
2001 Derechos de agua y acción colectiva. Lima, Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- Bourdieu, Pierre/
Wacquant, Loic**
2000 *La lingua franca de la revolución neoliberal: una nueva vulgata planetaria*, en: Le Monde Diplomatique, Edición Chilena, No. 4, diciembre, p. 22-4.
- Bronstein, Arturo S.**
1998 Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión. San José de Costa Rica, OIT, Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM).
- Brown, Ernesto**
1996 *Disponibilidad de recursos hídricos en Chile en una perspectiva de largo plazo*, en: Sustentabilidad ambiental del crecimiento económico chileno, Santiago de Chile, Osvaldo Sunkel (Editor), Programa de Desarrollo Sustentable, Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile.
- Büchi Buc, Hernán**
1992 *Principios orientadores del Esquema Económico Chileno*, en: Universidad Nacional Andrés Bello (Ed.) La Transformación Económica de Chile. Santiago de Chile, Editorial e Impresora Alborada S.A., p. 11-28.
- 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:
- Bustamante, Rocio**
2002 Legislación del agua en Bolivia. Cochabamba, Centro Andino para la Gestión y Uso del Agua (UMSS).
- Calvo, María Angélica A./ Valdés Hernández, Fernando/ Lillo Zenteno, Adrián**
2001 *El mercado de aguas: análisis teórico y empírico*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.
- Cambellotti, Carlos Alejandro**
1999 El desarrollo de las reformas judiciales en Latinoamérica.- La justicia regional a fin de milenio. Buenos Aires.
- Campos C., Rubén Darío**
1993 Investigación sobre constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, autorizaciones de exploración de aguas subterráneas y mercedes de aguas, en las direcciones de aguas de Iquique y de Arica, Juzgados de Arica y de Pozo Almonte y Conservadores de Iquique, Pozo Almonte y de Arica. Iquique, Dirección Provincial de Aguas.
- Castanier, Homero/
Terán, Fernando**
1998b *Water law and equity in irrigation projects: the ecuatorian case*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 286-297.
- Castillo, Laureano del**
2001 El largo camino hacia una ley de aguas. Documento base de la conferencia electrónica sobre la legislación de aguas: Propuestas para el desarrollo rural. Lima, 12 de diciembre al 3 de octubre. (www.agualtiplano.net).

Castro, Milka (y.o.)

1991 *Cultura, Tecnología y Uso del Agua en un Pueblo Andino del Norte de Chile*, en: Revista Chilena de Antropología, No. 10, Universidad de Chile, Santiago de Chile, S. 45-69.

Castro L., Milka

1997 *Agua, derechos y cultura en los Andes del Norte de Chile.- Un enfoque desde la antropología jurídica*, en: Revista Chungará, Vol. 29, No. 1, Arica, p. 63-80.

Castro R., Victoria y Martínez C., José Luís

1996 *Poblaciones Indígenas de Atacama*, en: Hidalgo Lehuede, Jorge (y.o.): Etnografía, dto, p. 69-110.

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.

Ceroni, Guillermo

1997 *Discurso del señor Guillermo Ceroni, diputado*, en: Contenido de sesiones - Cámara de Diputados, legislatura ordinaria N° 334, sesión N° 69, 13 de mayo (se encuentra disponible en <http://wwwcam.congreso.cl/boletines/legis334/deb69.html>).

Chihuailaf, Elicura

1999 Recado confidencial a los chilenos. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.

CICDA/ CESA/ SNV/ CAMAREN

1996 El riego en la comunidad andina.- Una construcción social. Video & Folleto. Quito, ImpreFEPP.

Clavero, Bartolomé

1994 Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América. México, Editorial Siglo XXI.

Clavero, Bartolomé

2002 Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CNR (Comisión Nacional de Riego)

1998 Estudio integral de riego. Proyecto de aprovechamiento de aguas servidas planta de tratamiento Santiago Sur Región Metropolitana. Volumen 1, Santiago de Chile, AC Ingenieros Consultores Ltda., Geofun Ltda., Procivil Ingeniería Ltda., Asociación de Profesionales Proyecto Santiago Sur, julio.

CONADI-Norte

1996a Plan Estratégico del Desarrollo Andino. Arica, N & M Ingenieros Asociados Ltda.

CONADI-Norte

1996b Plan Atacameño de Desarrollo. Calama/ San Pedro de Atacama.

CONADI-Norte

1997 Catastro de aguas II etapa Provincia de Iquique. Tomo II. Iquique, C.E.C. Norte Ltda.

CONADI-Norte

2001a Estudios de apoyo al ordenamiento de la inversión territorial en torno a los recursos hídricos de indígenas de la Región Tarapacá. Informe Técnico No. 1. Iquique, AYNI Consultores.

CONADI-Norte

2001b Estudios de apoyo al ordenamiento de la inversión territorial en torno a los recursos hídricos de indígenas de la Región Tarapacá. Informe Técnico No. 2. Iquique, AYNI Consultores.

CONADI-Norte

2001c Catastro de aguas desde 1993 a 2001 sobre derechos indígenas de aguas indígenas.- Provincia de Iquique. Tomo II. Iquique, C.E.C. Norte Ltda.

CONAMA (Comisión Nacional del Medio Ambiente)

1998 Una política ambiental para el desarrollo sustentable. Gestión integrada del recurso agua. Documento de discusión, noviembre (se encuentra disponible en http://www.conama.cl/14grandes_temas/gestion_integrada_recurso_agua.htm).

Crespo F., Carlos

2002 Agua, usos y costumbres y "africanización" del manejo de la pobreza. Oxford, Brookes University, Paper.

Cuadra Lizana, Manuel

1999 *Los derechos de agua de prioridad ancestral de las comunidades atacameñas del Norte de Chile*, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, No. 1, enero-junio, Santiago de Chile, p. 85-94.

Cubillos P., Gonzalo

1994 Bases para la formulación de leyes referidas a recursos hídricos. Santiago de Chile, CEPAL, División de Recursos Naturales y Energía.

Chihuailaf, Elicura

1999 Recado confidencial a los chilenos. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.

Deloria, P. Sam

2001 *Indian Natural Resource Issues in an Orderly System*, en: *Natural Resources Journal*, Vol. 41, No. 3, University of New Mexico, Albuquerque, p. 549-60.

Dewar, Barry

2002 *Reivindicaciones globales y autogobierno en Canadá*, en Seminario Nuevas Relaciones entre Estado y Pueblos Indígenas: La Experiencia Internacional. Santiago de Chile, Universidad de Chile

Díaz Gacitua, Miguel/

Elgueta Riquelme, Raúl

2001 *La Protección y Uso de las Aguas entre los Mapuches de la Araucanía. Problemas y Perspectivas para el Desarrollo Indígena*, en: *Anales del III Encuentro de las Aguas*, Panel 2: Políticas y Estrategias para el Desarrollo del Recurso Hídrico, Santiago de Chile, MOP/ MINAGRI/ IICA.

Díaz-Polanco, Héctor

2000 *Los dilemas de la diversidad*, en: *Anales del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el Tercer Milenio*. Arica, Universidad de Chile et al.

División de Medio Ambiente y Desarrollo

1998 *Recomendaciones de las reuniones internacionales sobre el agua: de Mar del Plata a París*. Santiago de Chile, CEPAL.

División de Recursos Naturales y Energía

1987 *La pequeña cuenca de montaña en la gestión del desarrollo y en la conservación de los recursos naturales*. Santiago de Chile, CEPAL.

División de Recursos Naturales y Energía

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

División de Recursos Naturales y Energía

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

Dougnac, Fernando

1993 *Los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y no consuntivos en relación con la operación de centrales hidroeléctricas*, en: *III Convención Nacional de Regantes de Chile*. Los Angeles, 5 y 6 de noviembre, Santiago de Chile, Confederación de Canalistas de Chile.

Dourojeanni, Axel (Ed.)

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

Dourojeanni, Axel/

Jouravlev, Andrei

1999a *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

1999b *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.

Dourojeanni, Axel/ Jouravlev, Andrei

2001d *Crisis de gobernabilidad en la gestión del agua*. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 35.

Durston, John

1993 *Los Pueblos Indígenas y la Modernidad*, en: *Revista de la CEPAL*, No. 51, Santiago de Chile, p. 89-101.

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.

Figueroa del Río, Luís Simón

1995 Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres. Santiago de Chile, Universidad Gabriela Mistral.

Förster, Rolf/ Vergara, Jorge Iván

2000 Etnia y nación en la lucha por el reconocimiento.- Los mapuches en la sociedad chilena, en: Américas, Bd. 14, No. 2, Viena, p. 7-93.

Forja (Formación Jurídica para la Acción)

1999 Guía de acción para la justicia. Tomo V: temas y legislación indígena. 2a edición. Santiago de Chile, Ministerio de Justicia.

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

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

Gentes, Ingo

2000b *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.

Gentes, Ingo

2001 Derecho al agua de los pueblos indígenas en América Latina. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 38.

Gerbrandy, Gerben/

Hoogendam, Paul

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

Gerbrandy, Gerben/

Hoogendam, Paul

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

Getches, David

1990 Water Law. Chapter VIII (Federal and Indian reserved Rights). St. Paul, West Publishing Co.

Golte, Jürgen

1980 La racionalidad de la organización andina. Lima, Instituto de Estudios Peruanas (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.

González-Villareal, Fernando/ Solanes, Miguel

2001b Los principios de Dublín reflejados en una evaluación comparativa de ordenamientos institucionales y legales para una gestión integrada del agua. Estocolmo, Global Water Partnership.

Griffith, John

1992 *Legal Pluralism and the Social Working of Law*, en: Brouwer, Bob (Ed.) Coherence and Conflict in Law. Deventer/ Boston, Kluiver Law and Taxation Publishers, p. 151-76.

Grilli, Alejandro/ Cortés, Amelia

1999 Mercado de derechos de aprovechamiento de aguas y producción de agua potable para Santiago. Trabajo presentado en las Sextas Jornadas del Comité Nacional Chileno para el Programa Hidrológico Internacional (Santiago de Chile, 25 al 27 de mayo de 1999).

- Guevara Gil, Armando/ Urteaga Crovetto, Patricia**
1999 Legislación de recursos hídricos y derechos indígenas. El caso del Perú. Borrador para el Proyecto WALIR (Water Law and Indigenous Rights). Lima, enero.
- Guillet, David W.**
1995 *Covering Ground.- Communal Water Management and the State in the Peruvian Highlands*. Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- Habermas, Jürgen**
1993 *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, en: Habermas, Jürgen: *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona, Paidós, p. 131-72.
- Habermas, Jürgen**
1999 *La inclusión del otro*. Barcelona, Paidós.
- Habermas, Jürgen**
2000 *La constelación post-nacional*. Barcelona, Paidós.
- Hardin**
1968 *The tragedy of the commons*, en: *Science*, No. 162, p. 1243-48.
- Hardt, Michael/**
Negri, Antonio
2000 *Empire*. Cambridge/ London, Harvard University Press.
- Hearne, Robert Raymond**
1995a *The Market Allocation of Natural Resources. Transactions of Water Use Rights in Chile*. Thesis for the Doctor of Philosophy, University of Minnesota.
- Hearne, Robert R. y Easter, William K.**
1995b *Water Allocation and Water Markets.- Analysis of Gains-from-Trade in Chile*. Washington, World Bank Technical Papers.
- Hederra Donoso, Ana (Ed.)**
1960 *Comentarios al Código de Aguas. Tomo I y II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- 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.
- Jaeger Cousiño, Pablo**
1997 *Legislación actual de Aguas y las Proposiciones para su Modificación*. Santiago de Chile, MOP/DGA.
- Jaeger Cousiño, Pablo**
2001a *El proyecto de modificaciones del Código de Aguas: Avances recientes y perspectivas*, en: *IV Jornadas de Derecho de Aguas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.
- Jaeger Cousiño, Pablo**
2001b *La asignación original de los derechos de agua en el Código de 1981: análisis crítico*, en: *IV Jornadas de Derecho de Aguas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.
- Jara, Octavio**
1997 *Discurso del señor Octavio Jara, diputado informante de la Comisión Especial Legislativa encargada del estudio del régimen jurídico de las aguas*, en: *Contenido de sesiones - Cámara de Diputados*, legislatura ordinaria N° 335, sesión N° 67, 7 de mayo (se encuentra disponible en <http://wwwcam.congreso.cl/boletines/legis334/ses67.zip>).
- Jensen, Douglas B.**
1970 *Chile's new Water Code and Agrarian Reform: A Case Study*. Iquique: CIREN.

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.

Kessel, Juan van

1992 Holocausto al Progreso.- Los Aymará de Tarapacá. La Paz, hisbol.

Landerretche Gacitúa, Oscar

2001 *Consideraciones económicas sobre las modificaciones al Código de Aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

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.

Lemereis, Jorge

1987 La lucha por el agua de los aymaras del norte de Chile. Cuadernos de Investigación, No. 20, Iquique, Centro de Investigaciones de la Realidad del Norte (CREAR), Editorial CIREN.

Lillo Vera, Rodrigo

2001 *Situación de los derechos indígenas en Chile*, en: Revista Liwen, No. 6, Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco.

Locke, John

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.

Mamani Chambe, Bartolo/ Vilca Ticuna, Javier

1988 *La Legislación de Aguas en Chile y sus Consecuencias destructivas para la Comunidad y Cultura Aymara*, en: Actas del 46 Congreso Internacional de Americanistas. Amsterdam, Simposio: La Visión India.- Tierra, Cultura, Lengua y Derechos Humanos, p. 1-4.

Mazalta, Marie

1999 *Las organizaciones internacionales y la privatización del agua*, en: Encuentro Internacional del Agua, 9-12 de junio, Cochabamba, ponencia inédita.

Max-Neef, Manfred A.

1993 Desarrollo a Escala Humana. Red de Ecología Social (REDES)/ Amigos de la tierra, Uruguay.

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.

MIDEPLAN

1998 Plan de saneamiento para tierras aymará y atacameñas de la I y II Región. Santiago de Chile, elaborado por CIMPRO Consultores.

MIDEPLAN

2001 Informe Final.- Grupo de Trabajo para los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, Ediciones Comunicaciones MIDEPLAN/ Gobierno de Chile.

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.

Muñoz, Bernardo

1994 *Procesos atacameños actuales. Carácter y funcionamiento de las instituciones indígenas que otorgan identidad étnica*, en: Nüttram, Año IX, No. 34, Santiago de Chile, Ediciones Rehué, p. 51-62.

Muñoz, Bernardo

1999 Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile. Santiago, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo, No. 60.

Muñoz Ponce, Rodrigo

1997 *Algunas Reflexiones acerca de la Ley Indígena en el Ordenamiento Jurídico Nacional*, en: Revista de Abogado, Año 3, No. 11, Santiago de Chile, S. 34-42.

Muñoz, Jaime

1998 *Gestión de acuíferos. Disponibilidad técnica y jurídica de aguas subterráneas*, en: Seminario "Institucionalidad y Gestión del Agua" (24 de noviembre) y Jornadas "I Jornadas de Derecho de Aguas" (25 de noviembre), Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo Económico.

Muñoz Rodríguez, Jaime

2001 *Las aguas subterráneas en el Código de Aguas de 1981*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Nunn, Susan Christopher y Ingram, Helen M.

1988 *Information, the decision forum, and third-party effects in water transfers*, en: Water Resources Research, N° 4, abril.

Núñez Atencio, Lautaro

1985 *Recuérdalo, aquí estaba el lagar: La expropiación de las Aguas del Valle de Quisma (I Región)*, en: Revista Chungará, No. 14, Universidad de Tarapacá, Arica, p. 157-67.

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.

Ojeda Fracel, Aldo

2001 *Los derechos de aprovechamiento en las comunidades de aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Olivares, Jaime

1989 El problema del agua en Tarapacá. Iquique, IECTA.

Olivares Vicentelo, Lucy Gabriela

1999 Conflictividad judicial en el uso del agua en la Provincia de Iquique. Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho.

Oré, María Teresa

1998 *From agrarian reform to privatization of land and water: the case of the peruvian coast*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 268-278.

Pacari, Nina

1998 *The ecuadorian water legislation and policy analysed from the indigenous-peasant point of view*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (dto), p. 279-285.

Padilla, César (Ed.)

2000 El pecado de la participación ciudadana.- Conflictos ambientales en Chile. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)/ HIVOS/ Holanda.

Parsons Alvarez, Franklin

2001 *Las aguas en la ley 19.253 de 1993, Ley Indígena*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Peña Torrealba, Humberto

1996 Water Markets in Chile: What they are, how they have worked and what needs to be done to strengthen them? Washington D.C., Fourth Annual World Bank Conference on Environmentally Sustainable Development.

Peña Torrealba, Humberto

1998b Fundamentos de las modificaciones propuestas al Código de Aguas, Santiago de Chile, ponencia Universidad de Chile, abril.

Peña Torrealba, Humberto

2001 *20 años del Código de Aguas: reflexiones desde la administración*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, 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.

Ríos Brehm, Monica/ Quiroz, Jorge

1995 The Market for Water Rights in Chile. Washington, World Bank Technical Papers, No. 285.

Rivera Cusicanqui, Silvia

1984 La voz de los oprimidos pero no vencidos. La Paz, hisbol.

Rosegrant, Mark W. y Gazmuri, Renato

1995 *Reforming water allocation policy through markets in tradable water rights: lessons from Chile, Mexico, and California*, en: Cuadernos de Economía, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 97, diciembre.

Sabatini, Francisco/

Sepúlveda, Claudia (Ed.)

1997 Conflictos Ambientales.- Entre la Globalización y la Sociedad Civil. Santiago de Chile, LOM Ediciones.

Salomon, Frank

1994 The Huarochiri Manuscript: A Testament of Ancient and Colonial Andean Religion. Austin, University of Texas Press.

Sandford D., Clark

1989 Reconciling customary law and modern principles of water management. Ponencia Universidad de Alicante/Valencia, III Congreso Mundial de Derecho y Administración de Aguas.

Saunders, J. Owen

1995 Accomodation of traditional uses within codified water laws. Discussion Paper. Hanoi, Workshop No. 2: Preparatory Organizational and Legal Studies.

Schlager, Eric/

Ostrom, Elinor

1996 *Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis*, en: Land Economics, p. 249-62.

Sierra, María Teresa

2001 *Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas*, en: Memoria, No. 147, mayo, México.

Solanes, Miguel

1996 *Mercados de derechos de agua: componentes institucionales*, en: Revista de la CEPAL, No. 59, agosto, Santiago de Chile, p. 83-97.

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

2001a Comentarios al anteproyecto de Ley de Aguas del Perú. Santiago de Chile, CEPAL, agosto (documento inédito).

Solanes, Miguel

2001b *Aguas subterráneas: necesidades regulatorios*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Solanes, Miguel/

Dourojeanni, Axel

1995 *Mercados de derechos de aguas*, en: Debate Agrario, No. 21, Lima, p. 15-36.

Solanes, Miguel/

Getches, David

1998 Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico. Washington, BID/Cepal.

Stavenhagen, Rodolfo/

Iturralde, Diego (Ed.)

1990a Entre la Ley y la Costumbre.- El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. México, Instituto Indigenista Interamericano.

Stavenhagen, Rodolfo

1990b *Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional*, in: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Ed.) Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.- Manual de Conferencias. San José, IIDH/ CAPEL, S. 221-58.

Stavenhagen, Rodolfo

1997 *Las Organizaciones Indígenas: Actores Emergentes en América Latina*, in: Revista de la CEPAL, No. 62, Santiago de Chile, S. 61-73.

Subercaseaux, Bernardo

1999 Chile o una loca historia. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.

Taylor, Charles

1993 El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México, Fondo de Cultura Económica.

Thomson, George

2002 *La evolución del derecho aborígen en Canadá*, en: Seminario Nuevas Relaciones entre Estado y Pueblos Indígenas: La Experiencia Internacional. Santiago de Chile, Universidad de Chile

Toledo Llancaqueo, Víctor

1996 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 Pública de Defensa. Temuco, Rehue.

Tresierra, Julio C.

2000 Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.

Tuma, Eugenio

1996 *Discurso del señor Eugenio Tuma Zedan, diputado*, en: Contenido de sesiones – Cámara de Diputados, legislatura ordinaria N° 334, sesión N° 19, 20 de noviembre (se encuentra disponible en <http://wwwcam.congreso.cl/boletines/legis334/ses19.zip>).

Urrutia, Arcadio Cerda

1994 *Algunas consideraciones sobre el mercado por derechos de agua*, en: Economía y Administración, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Concepción, N° 43, diciembre.

Urrutia, Salvador

1997 *Discurso del señor Salvador Urrutia, diputado*, en: Contenido de sesiones - Cámara de Diputados, legislatura ordinaria N° 334, sesión N° 69, 13 de mayo (se encuentra disponible en <http://wwwcam.congreso.cl/boletines/legis334/deb69.html>).

Valdés, Juan Gabriel

1995 Pinochet's economists.- The Chicago School in Chile. Cambridge, University Press.

Vergara Blanco, Alejandro

1997 *La libre Transferibilidad de los Derechos de Aguas. El Caso Chileno*, in: Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, No. 2, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, p. 369-95.

Vergara Blanco, Alejandro

1998a *Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas*, en: Estudios Públicos, No. 69, Santiago de Chile, p. 155-205.

Vergara Blanco, Alejandro

1998b Derecho de Aguas. Tomo I, II. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Vergara Blanco, Alejandro

2001 *Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno. Evolución legislativa y su proyecto de reforma*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

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/Martín, 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.

Zañartu Rosselot, Hipólito

2001 *La caducidad del derecho de aprovechamiento de aguas por causa de desamparo: constitucionalidad de dicha forma de extensión introducida por el proyecto de reforma del Código de Aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Informes Nacionales sobre la Gestión del Agua:

Brown Fernández, Ernesto/

Saldivia Medina, Juan Eduardo

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

Galárraga-Sánchez, Remigio H.

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

Mattos R., Roger/

Crespo, Alberto

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

Núñez Timoteo, Nelly

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

ANEXO : Programa movilizador del Agua para un mundo responsable y solidario y para un buen gobierno del agua¹⁵⁹:

Primer Principio:

El agua es un bien común a todos los hombres.

El agua es también un bien económico y social.

Toda gobernanza del agua debe poseer un aspecto social ya que nadie debe ser privado de agua debido a su imposibilidad de pagarla.

El agua es un derecho de todo ser humano.

Segundo Principio:

Todos los niveles de gestión de agua son necesarios e interdependientes.

La transparencia y la participación efectiva y democrática -de las mujeres principalmente- deben formar parte de toda administración del agua.

La ética debe reinar en toda gestión del agua y todo lo que tenga relación con ella.

Tercer Principio:

La gestión de las aguas compartidas, de los acuíferos comunes y de las cuencas vertientes debe reforzarse mediante cooperaciones regionales y un marco legal adaptado, justo y equitativo.

El acercamiento integrado de las cuencas vertientes debe tener en cuenta las necesidades de la irrigación y las de las ciudades, conjuntamente y no aisladamente como ocurre con frecuencia. Deben buscarse mecanismos que lleven al ahorro de agua y al aumento de la eficiencia de los sistemas de irrigación y de su reutilización.

Cuarto Principio:

El agua es crucial en el ejercicio de la subsidiaridad activa, en la toma de decisiones a la base permitiendo que los sin-voz se expresen.

Su gobernanza deberían poner en marcha una globalización invertida fundada en la solidaridad. Los conocimientos tradicionales de las comunidades concerniendo el agua deberían ser rehabilitadas y tomadas en cuenta a la hora de proyectos y nuevas realizaciones.

Quinto Principio:

El agua no es una mercancía.

El financiamiento del agua debe hacerse a nivel individual y a nivel comunal según los principios de responsabilidad y de utilidad y respetando estrictamente la ética y la democracia. El dinero del agua debe imperativamente repercutir sobre el agua.

Sexto Principio:

La gobernanza del agua debe guiarse por los principios del desarrollo sostenible. Debe respetar las exigencias de todos los seres vivos del planeta del mismo modo que debe preservar los intereses de las generaciones futuras. La ciencia y la tecnología deben ponerse al servicio de las necesidades de las poblaciones. Deben aplicarse respetando los conocimientos locales y rehabilitándolos si es necesario.

Séptimo Principio:

¹⁵⁹ Programme Mobilisateur EAU presentado y elaborado por L'Alliance pour un monde responsable, pluriel et solidaire. Paris, www.echo.org, e-mail:alliance@echo.org

La propuesta sobre la buena gobernanación del agua fue presentada en el Congreso Internacional del Agua del 9 al 12 de junio 2001 en Cochabamba/ Bolivia.

Toda gobernanza del agua debe promover una sociedad ahorradora de agua. Debe preocuparse de la armonización de los valores relativos al agua para una mejor cooperación entre los pueblos y articular los distintos niveles de gobernanza con vistas a garantizar, de la mejor manera posible, la compatibilidad entre unidad y diversidad. Debe promover la educación respecto al agua.