

Agua y derecho comunitario y colectivo en los Andes- En torno al reconocimiento de los derechos consuetudinarios indígenas de agua¹

Ingo Gentes²

Abstract:

In the South Andes of South America, the "water cultures" and the "local hydraulic identities" fulfill a lively and important role in the challenge of a rational management and sustainable distribution of the water resources until present times. But not all political actors are aware of this fact. Even though a special World Water Forum Session was organized to analyze the theme of "Water and Indigenous Peoples" in the final paper of the World Water Forum 1999 in La Hague the participants had to draw the alarming conclusion that "... having examined the Forum documents, the indigenous peoples and their unique system of values, knowledge and practices have been overlooked in the Global Water Vision process." The session concluded that there is an urgent need to correct the imbalance of mainstream thinking by actively integrating indigenous women and men in subsequent phases, starting with the Framework for Action. The main topic to resolve: facing the different law systems. The object of the following paper is to contribute to a better comprehension of indigenous land and water rights in the south Andean region, to sensitize the decision takers facing legal changes and needed politics and, finally, to contribute to a better recognition of indigenous customs law in their relationship with water and earth resources.

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 la unión lógica entre la temática de un reconocimiento de los usos y costumbres de los pueblos indígenas³ en torno al agua y la gestión de uso integrado del agua que incluye los aspectos económicos, sociales y ambientales, es un hecho muy reciente. En el Foro Mundial del Agua llevado a cabo en La Haya en marzo de 2000, se dedicó una sesión especial al tema del "Agua y los Pueblos Indígenas", en la cual se concluyó que "...los pueblos indígenas y sus sistemas propios de valores, conocimientos y prácticas han sido ignorados en el proceso de una visión global del agua (...)."⁴

Definitivamente, la "voz de los vencidos" no ha sido escuchada en los espacios de las políticas y legislaciones nacionales 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 muy 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."⁵

Si tornamos la vista hacia la mayoría de los países andinos podemos contemplar que las respectivas legislaciones nacionales, las administraciones y las políticas públicas en el tema de los recursos hídricos suelen negar o ignorar la existencia o la importancia de los marcos normativos consuetudinarios referentes a los derechos y usos consuetudinarios indígenas y a la gestión de los recursos hídricos. Incluso en aquellos casos en que se toman en cuenta las regulaciones de las comunidades indígena-campesinas⁶ locales para gestionar sus sistemas de agua, estos generalmente sólo se refieren a intenciones más bien estratégicas, ya que lo que se busca es institucionalizar las organizaciones indígenas y tratarlas como cuerpos sociales estáticos, lo que no corresponde a las realidades y estrategias diarias de las comunidades andinas. Es evidente que, al no existir sistemas claros de reconocimiento de usos y derechos indígenas, la eventual referencia a sistemas de gestión se encuentra con un objeto muy debilitado.

¹ Ponencia presentada al III Encuentro de las Aguas.- Agua, Vida y Desarrollo. Santiago de Chile, IICA/ Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Agricultura de Chile, 24 al 26 de octubre de 2001.

² Dr. Phil. en Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Libre de Berlín, Alemania. Se emplea actualmente como docente de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano e Universidad de Chile, y es investigador del proyecto WALIR (Water Law and Indigenous Rights) en los países andinos, auspiciado y coordinado por la Universidad Wageningen/ Holanda y la CEPAL, Naciones Unidas. Contacto: ingo.gentes@gmail.com

³ Entendemos el término "pueblo indígena" en el presente documento como colectividades originarias, 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.

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

⁵ Ibid.

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

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

La exigencia de un marco legal flexible en cuanto a la integración de usos y costumbre tradicionales del agua por parte de los pueblos indígenas no desconoce que cuando existan instancias en las cuales los efectos del uso y explotación de aguas -sea por comunidades indígenas, ciudades o actividades comerciales o mineras- se interfirieran recíprocamente, será necesaria una instancia a nivel nacional y reglas supralocales de resolución del conflicto en forma efectiva y equitativa. La carencia de estas instancias y normas se traduce en el presente en que los usos tradicionales de comunidades indígenas se ven destruidos por las actividades mineras y urbanas.

1. La regularización de los derechos indígena de agua

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

Ahora bien, algunos Estados nacionales en la región también han tenido conciencia de la "deuda histórica" con los pueblos indígenas e iniciando un proceso de regularización de los derechos indígenas de agua. El ámbito geográfico de los derechos es, por un lado, el patrón de asentamiento, y por otro, las zonas de pastoreo o "estancias", que se encuentran por lo general en pisos ecológicos más altos y más distantes, donde el afloramiento de las aguas subterráneas permite la formación de vegas y bofedelas (pastos húmedos).

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

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

En cuanto a quién tiene derecho a usar las aguas, la regla general es que este derecho corresponde a la misma comunidad indígena. A esta regla, en el caso concreto de Chile corresponden 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.

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 absurda, ya que se crearían al interior de las mismas comunidades otras organizaciones, independientes unas de otras, cuya única razón de existir fuera el hecho que dos o más personas reciban aguas a través de un mismo canal;
- c) dentro de las comunidades de agua, cada comunero tendría derecho a un voto por cada acción que poseyera. La asignación de estas acciones depende, de acuerdo a la ley, del volumen de agua que

corresponde a cada usuario en el caudal común, de manera que mientras más agua se puede extraer corresponde un mayor número de acciones y, consecuentemente, tiene más votos y mayor poder de decisión dentro de la organización.

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

2. Esperando el reverso del derecho con respecto los recursos naturales

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 paternalista⁷. Sin lugar a duda ha disminuido 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 desarrollo⁸. Clara es la aún marcante existencia de marcos normativos que regulan formas de propiedad y manejo de recursos contrarios a la tradición económica y culturales de los indígenas.

De esa manera se dan por ejemplo legislaciones indígenas -como la chilena- que fomentan el cooperativismo en formas que ni son las tradicionales ni las más apropiadas para las comunidades, así como la atomización individual del titular de la propiedad colectiva en el seno de las comunidades indígenas, lo que resulta totalmente opuesta a las tradiciones indígenas⁹.

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

⁷ 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).

⁸ En Chile, por ejemplo, los planes elaborados por la CONADI para el desarrollo de las etnias del Norte Grande, promueven un *desarrollo con identidad*, sobre la base de formas de autoorganización y administración de las comunidades indígenas, que actúen en el marco de un desarrollo sustentable. Los planes estratégicos de desarrollo de las etnias andinas (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).

⁹ En el ámbito del agua, la influencia actual del derecho tradicional indígena, el cual, de acuerdo a Stavenhagen (1990a:43), en un intercambio interactivo puede influenciar positivamente el derecho occidental, ha sido relegada a un carácter ritual y simbólico. 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 (Gentes, 2001).

legal"¹⁰ 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 participativos 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. En casos se legisla de una forma respecto a los derechos indígenas, desconociendo su derecho sobre los recursos hídricos, y simultáneamente se legisla otorgando al estado pleno dominio sobre tales recursos. La contradicción es aún más confusa y disfuncional cuando dicho estado vende sus concesiones a terceros (empresas sanitarias, por ejemplo) en territorios "reconocidos y protegidos" por las leyes indígenas. Llamam la atención estas contradicciones al revisar varios textos normativos¹¹ 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 puedan acceder de forma plana y libre a "la ley". Los sistemas de información y educación en América Latina son absolutamente caducos y limitados, y carecen de transparencia, participación, investigación y reflexión. Un sistema así descrito no permite estar al tanto de los avances legislativos a favor o en contra de los pueblos indígenas, ni cuenta con personal calificado o fondos suficientes para recoger legislaciones (consuetudinarias), interpretarlas y aplicarlas a servicio de las comunidades indígenas.

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

3. Postulado para un derecho comunitario colectivo de agua

En relación a la legislación sobre los recursos hídricos se producen grandes contradicciones entre ley (escrita) y costumbre (vivido) y usos (practicados). Es decir, existen disposiciones que claramente establecen la prevalencia del Estado como propietario del recurso, al mismo tiempo que 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"¹² 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

¹⁰ Que cumplen con la letra de la ley, pero no con el espíritu del mismo respeto a la justicia, equidad y los derechos indígenas propiamente tales.

¹¹ 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 logra en período de transición a la democracia, sino francamente inviable en el marco del edificio jurídico chileno (véase Toledo Llancaqueo, 1996).

¹² En la Ley de Aguas del Perú de 1969, y adoptado en la Constitución Política de 1979, se hace referencia a que el Estado tiene "dominio sobre todas las aguas del país y que este dominio es "inalienable e imprescindible, y de que no hay ni propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas".

etc.). Sin embargo, La Ley de Comunidades Nativas garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas y se concluye que las aguas también forman parte del espacio territorial indígena¹³.

Ninguna legislación de los recursos hídricos en los países andinos representa en la actualidad el derecho consuetudinario local ni ofrece un marco regulatorio apropiado que considere la función tanto social como reproductiva y económica del agua (Dourojeanni, 2001b). Las organizaciones indígenas rechazan en su conjunto la noción de un mercado de agua, que en consecuencia significaría una individualización de los derechos de agua¹⁴ y la acelerante y agravante división de los usuarios a nivel local. A cambio los dirigentes indígenas reclaman y propenden al manejo local y colectivo del agua, concediendo autoridad a los niveles locales y promoviendo la autogestión (Boelens y Dávila, 1998).

Hay varias concepciones indígena-campesina sobre el manejo y uso del agua que pueden ser titulados equitativos y sustentables. Estas reglas y concepciones se refieren no solamente a los sistemas de riego, sino abordan todos los ámbitos de una cultura hídrica local, que en su esencia es particular en las necesidades (colectivas) y exclusivo en la demanda de un derecho (comunitario).

Dado que las tierras, las aguas, el subsuelo, y riberas de los territorios indígenas se rigen por normas de propiedad específicas, que todas las legislaciones incorporen el sentido del derecho comunitario colectivo de los pueblos indígenas a cada uno de los recursos, como un derecho exclusivo, prioritario e activo (Toledo Llancaqueo, 1996).

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

4. 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 términos de un conflicto sociohistórico entre formas burocráticas (individualizadas) de administrar el agua y formas locales (comunitarias y colectivas). Estas formas locales de "hacer derecho" han sido constituidas por la historia, la cultura y la tecnología andina, y parten de una lógica interna que mantiene su propia racionalidad comunicativa, una que surge 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 estatal, 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, de la propiedad comunitaria y de desarrollo regional sustentable y equitativo (ver Gelles, 2000; Mitchell y Guillet, 1993).

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

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

¹³ 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.

¹⁴ Además una privatización individualizadora de los derechos de agua genera una contradicción intrínseca: por la desarticulación e individualización de la organización colectiva, los usuarios -que en su calidad de derechohabientes individuales, son incapaces de manejar el sistema general- tienden a recurrir a instituciones de apoyo "para que se encarguen".

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

1. Estos derechos parecen manifestar ante todo la relación entre la persona y el bien, como una expresión concreta. Más bien, los derechos al agua son expresiones de relaciones sociales, que definen quienes pueden y quienes no pueden utilizar el agua. De ahí que los derechos al agua tienden a ser dinámicos y en gran parte flexible, y están íntimamente relacionados con los grupos sociales de los que emergen. Tanto la diversidad simétrica, por ejemplo al interior de las comunidades y grupos indígenas, como la diversidad asimétrica, por ejemplo entre un **ayllu** o un grupo de comunidades y la sociedad burocrática o mayor de un pueblo, es la causa elemental para que hasta el día de hoy existan diferentes formas al agua.
2. Si bien a menudo se identifican los derechos al agua como el derecho al uso de una determinada cantidad de agua de una fuente, eso suele ser considerada una interpretación restringida. A lo largo y ancho de los Andes los derechos al agua normalmente consisten en una faja de derechos, entre los cuales, indudablemente, destaca el derecho al uso y acceso directo de los canales y otras fuentes, pero en la que igualmente tiene importancia intrínseca el derecho a participar en la toma de decisiones sobre la gestión, en su conjunto, la admisión de nuevos usuarios (por ejemplo migrantes afuerinos) y la enajenación a terceros (en formas de sanciones o limitaciones). Sin olvidar la participación en las tareas múltiples de mantención, en los cargos y fiestas rituales en torno a la renovación cíclica y comunitario, conjunto de actividades que definan 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 (Gerbrandy y Hoogendam, 1998:84). Los derechos al agua en sistemas de riego campesino, por ejemplo, no pueden ser interpretados bajo el singular concepto de la propiedad (de su titular), que conjuga los derechos de usufructo, de decisiones sobre la gestión y hasta de enajenación de uno solo. En los sistemas de riego en los Andes que veremos más adelante no existe una propiedad de agua a un nivel individual o familiar, tal como lo defina la legislación vigente o la visión modista positiva. Si bien individuos o familiares pueden reclamar el aprovechamiento de una parte del agua, no pueden decidir sobre su uso en el tiempo y en el espacio sin concertar previamente con los demás usuarios. Hay muchos ejemplos de esa "política de convivencia" en los altos andes peruanos y bolivianos (Gelles, 2000). Así, el agua es un recurso pleno de aspectos colectivos, lo que hace que una gran parte de las facultades normalmente relacionados con la propiedad de un cierto bien, no se presenten a nivel individual o familiar sino están relacionados con el concepto de usuarios (efectivos y beneficiarios en términos eco-culturales). Como máximo, un usuario, como por ejemplo la "cabeza familiar" puede tener el derecho de participar en la toma de las decisiones o ser elegido y cumplir el cargo de un juez de agua tradicional.
3. Existen obligaciones insoslayables que se deben cumplir para mantener el derecho al agua. En los Andes, por lo general, estas obligaciones están directamente vinculadas a la reproducción de la vida comunitaria, al sistema de riego como tal. Hay una estrecha relación entre la gestión de agua y las demás funciones sociales que se cumplen en las comunidades 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 con su respectivo incumplimiento de la "normativa legal local". Aunque existe una lista de sanciones para infracciones de todo tipo (como por ejemplo la ausencia en trabajos de mantención de la acequia o del canal de riego, el incumplimiento de cargo tradicional o el continuo endeudamiento de cuotas de agua), en la práctica parece ser igualmente común que su aplicación depende de la situación, de la persona y la infracción misma, para darse o no¹⁵. 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.

5. El derecho en la gestión indígena-campesina del agua

¹⁵ 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.

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

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

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

- El derecho y deber a participar en las decisiones sobre la gestión del recursos hídrico en el sistema que implica la regulación del usos interno y su conservación;
- El derecho y deber a participar en las decisiones sobre el acceso de los usuarios al sistema del recurso, en las que se define quienes pueden y quienes no pueden utilizar el agua y si se puede transferir o transar este derecho a terceros (por ejemplo por herencia o compraventa) y según que modo se debe hacer dicha transacción,
- 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) se pueden resumir y ampliar estos diferentes tipos de derechos y deberes en la siguiente gráfica:

Nivel Operativo		Nivel de decisión comunitaria-colectiva	
Derecho al usufructo de agua	Derecho a adquirir una parte del flujo del agua	Derecho y deber a la gestión local-comunitaria constituida	Derecho y deber a regular patrones internos de uso y transformar el recurso a través de mejoramientos
Derecho al uso de canales, ríos, lagunas o arroyos, etc.	Derecho a usar la infraestructura para conducir el flujo de agua	Derecho a la inclusión y exclusión	Derecho a determinar quién puede tener derecho al agua y quién no puede, y como ese derecho puede ser transferido
		Derecho a la enajenación	Derecho a transferir los derechos de decisión colectiva arriba mencionados

Sin embargo, para el análisis exhaustivo de los derechos al agua en las comunidades indígena-campesinas es necesario diferenciar entre los derechos individuales o familiares¹⁶ y los derechos colectivos¹⁷ al agua.

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

¹⁶ 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 se primero refiere a los derechos familiares, de los ayllus, en contraste con el nivel colectivo del grupo de usuarios: Por consecuencia, este derecho individual o familiar no se refiere a derechos individuales propiamente tales, es decir de un miembro específico de la familia.

¹⁷ 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. Contrario a esto el Código Civil de Nepal reserva derechos prioritarios para los que inviertan en sistemas de irrigación, lo que causa una variada de conflictos en cuanto a la correcta negociación y asignación de agua. El sistema estatal de conciliación entra en vigor cuando por el acceso a 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.

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.

6. 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 requieren 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 obligadas a trabajar colectivamente para acceder a las aguas, construir y convivir con la infraestructura y administra los sistemas de riego.

Por lo tanto 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.

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 consenso, 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 derecho de cada uno a participar en la distribución del agua, y a decidir colectivamente sobre la fuente disponible. Por eso es tan importante comprender que la "exclusión social" de una verdadera participación indígena-campesina en la creación y construcción de la infraestructura, impide a lo largo un proceso ordenado de creación y conservación de derechos locales y organizaciones mancomunadamente aceptadas y sostenibles.

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

También en los sistemas antiguos de riego, los derecho fueron creados históricamente durante la construcción, la implementación y la gestión del sistema de riego. El riego andino es un práctica antigua y es y fue básicamente una cuestión comunal, aunque hayan existido sistemas de riego muy grandes, por ejemplo en costa norte del Perú., hace aproximadamente 1.000 años (Sherbondy, 1998). Actualmente en casi todos los

Andes, el trabajo comunal a gran escala está dividido en secciones y es asignado a grupos comunales locales, los así llamados **ayllus**¹⁸, donde quiera que las comunidades controlen su vida comunal.

Los derechos de una comunidad indígena a sus "aguas sagradas" están basadas que sus 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.

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 (Gerbrandt y Hoogendam, 1998).

La coexistencia y codeterminación simultánea de diferentes sistemas normativos¹⁹, 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.

Sin embargo, la agricultura bajo riego sólo es parte de las múltiples estrategias dinámicas de subsistencia en las cuales los períodos de trabajo fuera de hogar son comunes. Los derechos de tierra y agua de los ausentes frecuentemente entran como tema importante en la discusión sobre la equidad (Vincent, 1998:237).

7. El agua como parte del hábitat y los derechos consuetudinarios in situ

Hasta ahora hemos hablado de los derechos de agua únicamente como el derecho a usufructuar una parte del agua de una fuente, pero ésa es una interpretación muy reduccionista.

Autores como Schlager y Ostrom (1992) hablan no obstante del fajo de derechos en la gestión de agua, para analizar regímenes de derechos de propiedad para el uso de recursos naturales. El poder 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 elaboran cuidadosamente facultades administrativas y de planificación, sin una definición clara de estos derechos consuetudinarios a un nivel operativo y un nivel de decisión colectiva obligaciones de interesados y del gobierno, ni de medios substantivos y procedimentales para su defensa. De acuerdo a Solanes y Getches (1998:20) el resultado son situaciones de indefinición y ambigüedad que no sólo crean incertidumbres e inseguridad social, sino también no se traducen en el respeto efectivo de los interesados protegidos.

Un 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 la misma, o compensarlos.

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

Las formas de apariencia del agua en los Andes como la lluvia, los ríos y arroyos, los manantiales, los reservorios o lagunas, las vegas o bofedales y el granizo han creado una "cultura y visión hídrica" por el hecho de que la tecnología andina es colectiva, tanto en su organización como en su aprovechamiento, permite que el uso de la tecnología contribuyera en forma vital a la (re)producción social de conocimientos y

¹⁸ Compartimos la "visión hidráulica" de Salomon (1991) que define los *ayllu* como un grupo que comparte un sentido de parentesco, de antepasados comunes y de origen en las mismas fuentes locales de agua. Esta es la unidad que da al individuo andino su identidad étnica principal. El *ayllu* es una comunidad espiritual que comparte ritos y tradiciones.

¹⁹ 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 e 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.

habilidades. El carácter colectivo de la tecnología andina también se expresa en su accesibilidad pública, para quien quiera usarla, y en un espacio para reproducir y confirmar las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza (Gerbrandy y Hoogendam, 1998:58).

8. Reconciliación entre derecho consuetudinario indígena y principios modernos de la gestión del agua

En suma, nos damos cuenta de la tensión entre sistema consuetudinario (local) del agua y el sistema moderno, de las distintas nociones que hacen del dominio público y privado, y la idea diferente de la propiedad y sus atribuciones.

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

Debemos estar consciente, por un lado, que la codificación de un derecho consuetudinario en *strictu sensu*, será inmanejable, tanto logística como administrativamente, más allá de la falta de compromiso gubernamental de enfrentar dicha tarea en los países de la región.

Y, por otro lado, los derechos consuetudinarios (exclusivos o prioritarios) traen algunos problemas al interior de la misma gestión regio-local, pero también en coexistencia con la gestión nacional de aguas, como por ejemplo en caso de acceso a la territorios vecinales, derechos tradicionales a aguas o cuencas subterráneas, derechos tradicionales a cuencas en períodos de sequía, casos de sobreexplotación por demandas crecientes de agricultores, nuevos canales o aguaductos cruzan y cortan rutas tradicionales de divisiones tradicionales, derechos tradicionales que conjugan con nuevos principios de gestión integral y se niegan o rechazan la colaboración a nivel local, etc.

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

En términos de los principios modernos de la gestión del agua, la objeción básica para los derechos y valores consuetudinarios es que unidades familiares o ayllus no tendrán que cumplir obligaciones comunitarias al mantener su derecho histórico al agua, por lo que pueden dominar varios procesos productivos del uso al agua, lo que en ciertas situaciones puede causar situaciones de exclusión hacia otros miembros de la comunidad o hacia mestizos o migrantes. Esta deficiencias están directamente vinculados con el hecho que el derecho consuetudinario surge del factor de la costumbre, más del acuerdo o de la legislación.

Ahora pudimos constatar que en general las comunidades indígena-campesinas intactas practican varios sistemas legales y de gestión, y sólo en muy pocos casos de conflictos recurre a entes externos para lograr un tipo de consenso o de conciliación. Y también en términos y principios modernos de un manejo equitativo, justo y sustentable del agua el derecho consuetudinario promociona en muchas partes de la región una mejor gestión de agua: Así que, ¿será posible la coexistencia de ambas normativas? O más bien, ¿puede sacar provecho una de la otra?

Con respecto a los derechos de agua, hay propuestas²⁰ de aislar y codificar estos elementos de un derecho consuetudinario indígena que son esenciales para la existencia perpetua de los estilos de vida tradicionales y asegurar que se permanezcan en el "dominio comunitario colectivo" sin posibilidad de interferir por parte de la burocracia. Todos los usos empleados, o por otros proyectos necesitados (por ejemplo de riego) de la comunidad en total deben ser asignados por el dominio público. Estos permitirían a toda la comunidad disfrutar de los beneficios en los mismos términos que la unidad familiar. Este principio esta muy cerca a la

²⁰ Véase la propuesta de Sandford (1989) para las tribus aborígenes de Australia.

legislación que califican por ejemplo la ley común de derechos riberanos, cuando aseguran a terratenientes vecinales el derecho continuo de tomar agua para uso domestico o de irrigación, o para cualquier uso agregado se somete a un permiso administrativo, el cual no riberanos también deben solicitar.

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

Cualquier uso extensivo tendría que ser sancionado por la administración. En este sentido las comunidades podrían cumplir un rol de vigilancia combinado, que garantizaría el manejo integral sostenible, con un uso beneficioso y eficiente, que permitiría la mantención del ecosistema y los procesos de producción.

Ahora bien, cualquier tipo de arreglo requiere un inventario que los derechos consuetudinarios que prevalecen en determinados caso de un derecho de uso al agua. Haciendo esto, significa que de algún modo, **los derechos consuetudinarios deben definir su límite**, en términos cuantificables, y sus limitaciones, en términos administrativos. Esta tarea ayuda en enfrentar temas como la compensación por el extravío a la venta obligada de agua, por lo que se defina claramente las aplicaciones de los elementos del derecho consuetudinario entre el dominio privado.

En este sentido las constituciones o legislaciones de agua que permiten un derecho de aprovechamiento de agua individual pueden incluso tener factores a favor para las comunidades indígenas, ya que la multitud de los derecho de los titulares de agua inscritos asegura la compensación, pero, sin lugar a duda debilita o fragmenta la estrategia comunitaria de un derecho y uso colectivo en caso de disputas.

En este sentido la estrategia de la gestión de agua enfocará más el punto de ganar la confianza y la cooperación de las comunidades indígenas. Factores como el consenso, la (re)conciliación y sanciones graduales internas también son indispensables para la gestión integral de agua, e incluso preferidos por los sistemas liberales de agua, como el chileno por ejemplo.

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

hay que declarar y arraigar todos los elementos de la costumbre que actualmente se ejerce o que serán recuperable; hay que limitar la posibilidad de compensación a los caos de daño y adquisición compulsiva que interfiere con los derechos arraigados; se puede obtener los derechos consuetudinarios codificados a través de un trámite inmediato simple y sin costo alguno, salvo que hay razones de la propia práctica de la gestión de agua que lo impiden; los sistemas de propiedad, administración y control deben ser lo más flexibles posibles para que pueden reflejar el derecho consuetudinario o existir paralelamente; las autoridades consuetudinarios locales deben estar incorporado siempre y desde un principio en las estructuras de la gestión integrada del agua; la gestión integrada del agua debe seguir permanentemente los acuerdos de la discusión comunitaria, la capacitación a nivel local y el entrelazamiento con las estructuras comunitarias locales.

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

Los derechos de propiedad comunitaria o colectiva son perfectamente codificables y viables dentro de un sistema legal "moderno", ya que respetan tanto los derechos del mundo externo como también hacia adentro de la "unidad consuetudinaria local". Incluso son receptibles a nuevos insumos burocráticos, ya que en su esencia se trata de derechos que se han formado después de largos procesos de conflictos, superposiciones y adaptaciones a los distintos ámbitos legales y sociohistóricos.

Los derechos consuetudinarios de agua, una vez reconocidos y codificados explícitamente, requieren como todos los demás sistemas de uso, un marco formal de participación local en la estructuración de un régimen de agua, un monitoreo y sanciones legales conformes tanto a la eficiencia local como a la eficiencia pública (Saunders, 1991).

A modo de conclusión:

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

En definitiva hay que exigir para los países de América Latina, derechos indígenas sobre recursos naturales más claros y explícitos. Paralelamente a esto, la planificación hídrica debería fundamentalmente concentrarse en la preservación ambiental, caudales imprescindibles para necesidades vitales, adecuada evaluación integral y preservación de la máxima flexibilidad estratégica posible (Dourojeanni 2001c).

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

1. Las leyes de agua existentes deben incorporar el principio de los derechos consuetudinarios indígenas que también deben ser reconocidos por todas las legislaciones adyacentes, en la medida que serán aplicables para su derivación efectiva para, i) el caso de usos consuntivos y a efectos de preservación de usos en flujo; ii) actividades como pesca, navegación, caza, o usos de abrevaderos, manantiales, vegas y bofedales, y iii) actividades que no requieren derivación.
2. Los pueblos indígenas siempre deben ser consultados en la realización de obras hidráulicas de interés general que afecta su hábitat, y en caso que esta obras no permitan el respeto de los usos y costumbres indígenas, los grupos deberán ser compensados.
3. Los pueblos indígenas podrán pedir siempre y en cualquier momento la inscripción de los derechos consuetudinarios y su formalización, y si los mismos derechos hubieran sido otorgados a terceros esta otorga será anulable. Los derechos deben ser susceptibles de expansión, en la medida en que las condiciones y el número de la población indígena cambie. Si no se hiciera lugar a la nulidad, las comunidades indígenas deben ser compensadas. El monto de la compensación deberá reflejar no sólo el valor pecuniario, sino también su relevancia a afectos de la subsistencia de las comunidades indígenas. Los obligados al pago serán conjunta y solidariamente los beneficiarios de los derechos, el estado y el los titulares (en forma colectiva y comunitaria) de la autoridad de aguas. La acción de inscripción y en su defecto la de comprensión no prescriben.
4. La representación legal de las comunidades indígenas o cualquiera de sus miembros elegidos podrán hacer valer estas acciones conforme a la legislación nacional, en sede administrativa o judicial a su elección. Esta facultad incluye la de pedir todas las medidas precautorias a que haya lugar a efectos de proteger los derechos indígenas.
5. En áreas donde habitan indígenas, la autoridad debe relevar e inscribir de oficio los usos y derechos con derivación o en flujo que los asisten. La violación de esta obligación representa violación de los deberes del funcionario público y hacen directamente responsable al titular de la administración de aguas por los daños y perjuicios que hubieren lugar.
6. Los procedimientos para implementar estos procesos deberán garantizar durante todos los trayectos la audiencia, participación, la defensa de los derechos y la prueba constante de la mantención de los derechos y usos. En caso de duda se estará a favor de los indígenas.
7. Los derechos y usos indígenas in situ deben ser reconocidos por legislación de aguas. Para eso será necesario codificar el tipo, la forma y la cantidad del derecho como un derecho de propiedad comunitaria, que sólo podrán ser sancionadas si no respetan un usos efectivo, beneficioso, y equitativo. Para controlar dicho usos estarán encargados tanto el funcionario público (por ejemplo, el juez "nacional" de aguas) como la o las autoridad(es) local(es) tradicional(es) (por ejemplo, el juez "tradicional y local" de aguas o/y representante(s) de la comisión local de riego).

Bibliografía

Arroyo Castillo, Aline

1999 *El agua, fuente de vida pero también de conflictos: una experiencia de gestión del riego con comunidades campesinas de los Andes ecuatorianos*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 18-44.

Aylwin, José

1997 *Derecho consuetudinario indígena en el derecho internacional, comparado y en la legislación chilena*, en: Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología, Valdivia, 1995, Tomo I, p. 189-97.

Bauer, Carl

1997 *Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile*, en: World Development, Vo. 25, No. 5, p. 639-56.

Beck, Robert E. (Ed.)

1991 *Water and Water Rights. Vol. IV, Chapter 37 (Reserved Water Rights)*. Charlottesville/ Virginia, The Michie Company.

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 (et al.), p. 57-69.

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 (et al.), p. 189-200.

Boelens, Rutgerd/

Dávila, Gloria (Ed.)

- 1998a Searching for equity.- Conceptions of justice and equity in peasant irrigation. Assen/ Netherlands, Van Gorcum.
- Boelens, Rutgerd**
1999 *La gestión concertada de los recursos hídricos y el desarrollo del riego campesino andino: un proceso fundamentado en enfrentamientos y negociación*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 137-176.
- Bronstein, Arturo S.**
1998 Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión. San José de Costa Rica, OIT, Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM).
- Bustamante, Rocío**
1995 Normas de la gestión y gestión de las normas en sistemas de riego campesinos.- Estudio de los usos, costumbres y legislación en los sistemas de riego tradicional de Tiquipaya. Cochabamba, Tesis de Licenciatura en Derecho, PEIRAV/ UMSS:
- Cambellotti, Carlos Alejandro**
1999 El desarrollo de las reformas judiciales en Latinoamérica.- La justicia regional a fin de milenio. Buenos Aires.
- Castanier, Homero/**
Terán, Fernando
1998b *Water law and equity in irrigation projects: the ecuatorian case*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (et al.), p. 286-297.
- CEPAL**
2000 Tendencias actuales de la gestión del agua en América Latina y el Caribe (Avances en la implementación contenidas en el capítulo 18 del Programa 21). Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas.
- CICDA/ CESA/ SNV/ CAMAREN**
1996 El riego en la comunidad andina.- Una construcción social. Video & Folleto. Quito, ImpreFEPP.
- Clavero, Bartolomé**
1994 Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América. México Ed. Siglo, XXI.
- Clavero, Bartolomé**
2001 Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Crespo F., Carlos**
2000 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.
- Dourojeanni, Axel/**
Jouravlev, Andrei
1998 El código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 3.
- Dourojeanni, Axel**
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.
- Etzioni, Amitai**
1996 The New Golden Rule.- Community and Morality in a Democratic Society. New York, Basic Books.
- Fernández Osco, Marcelo**
2000 La ley del Ayllu: Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (Justicia Mayor y Justicia Menor) en comunidades aymaras. La Paz, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia.
- García, Luís E.**
1998 Manejo integrado de los recursos hídricos en América Latina y el Caribe. Washington D.C., Banco Mundial, No. ENV-123.
- Gelles H., Paul**
1998 *Competing cultural logics: state and 'indigenous' models in conflict*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (et al.), p. 256-267.
- Gelles H., Paul**
2000 Water and Power in Highland Peru.- The Cultural Politics of Irrigation and Development. New Brunswick/ New Jersey/ London, Rutgers University Press.
- Gentes, Ingo**
2000 "Agua es vida": Comunidades indígenas de agua y minera en el Norte Grande/ Chile. Berlin, Wissenschaftlicher Verlag.
- Gentes, Ingo**
1999 *Culturas étnicas en/o conflicto: el Código de Aguas y las Comunidades Indígenas en el Norte Grande/ Chile*, en: Revista Américas, Año 4, Tomo 16, Viena/ Caracas.

- Gerbrandy, Gerben/
Hoogendam, Paul**
1998 Aguas y acequias.- Los derechos al agua y la gestión campesina de riego en los Andes bolivianos. La Paz, Centro de Información para el Desarrollo (CID)/ Plural Editores.
- Gerbrandy, Gerben/
Hoogendam, Paul**
1999 *La complejidad del derecho al agua en Totorani, y su significado para una propuesta ley de agua*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p.45-75.
- Getches, David**
1990 Water law. Chapter VIII (Federal and Indian reserved Rights). St. Paul, West Publishing Co.
- Guillet, David W.**
1995 Covering Ground.- Communal Water Management and the State in the Peruvian Highlands. Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- Hardin**
1968 *The tragedy of the commons*, en: Science, No. 162, p. 1243-48.
- Hardt, Michael/
Negri, Antonio**
2000 Empire. Cambridge/ London, Harvard University Press.
- Hendriks, Jan**
1998 *Water as private property.- Notes on the case of Chile*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (et al.), 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).
- 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 (et al.), p. 114-120.
- Jouravlev, Andrei S./
Lee, Terence R.**
1998 Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Medio Ambiente y Desarrollo No.6.
- Larbi Bouguerra, Mohamed**
1999 El agua bajo la amenaza conjunta de la contaminación y de los mercados. Paris, Le Monde Diplomatique, agosto.
- MacKean, Michael A.**
1997 Common Property: What is it, what is it good for and what makes it work? Indiana, Indiana University, International Forestry Resources and Institutions Research Program Working Paper 24.
- Mazalta, Marie**
2000 *Las organizaciones internacionales y la privatización del agua*, en: Encuentro Internacional del Agua, 9-12 de junio, Cochabamba, ponencia inédita.
- Mena V., Xavier**
1998 *The rights of indigenous peoples over their territories and natural resources*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (et al.), p. 70-78.
- Métais, Sarah/
Zaharia, Hélène/
Apollin, Frédéric/
Robalino, Telmo**
1999 *Manejo de los recursos naturales: hacia una gestión concertada de los recursos naturales a nivel territorial.- El caso de la sierra ecuatoriana*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 77-106.
- Mitchell, William P./
Guillet, David (Hg.)**
1993 Irrigation at High Altitudes: The Social Organization of Water Control Systems in the Andes. Washington, American Anthropological Association.
- Oré, María Teresa**
1998 *From agrarian reform to privatisation of land and water: the case of the Peruvian coast*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (et al.), 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 (et al.), p. 279-285.
- Rex, John**
1996 Ethnic Minorities in the Modern Nation State.- Working Papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration. Warwick-Londres, Macmillan Press.
- Sabatini, Francisco/
Sepúlveda, Claudia (Ed.)**
1997 Conflictos Ambientales.- Entre la Globalización y la Sociedad Civil. Santiago de Chile, LOM Ediciones.
- Salomon, Frank**

- 1992** 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**
1993 Accommodation of traditional uses within codified water laws. Discussion Paper. Hanoi, Workshop No. 2: Preparatory Organizational and Legal Studies.
- Schlager, Eric/**
Ostrom, Elinor
1994 *Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis*, en: Land Economics, p. 249-62.
- Sierra, María Teresa**
2001 *Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas*, en: Memoria, No. 147, mayo, México.
- Solanes, Miguel**
1998 *Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublin*, en: Revista de la CEPAL, No. 64, Santiago de Chile, p. 165-85.
- Solanes, Miguel/**
Dourojeanni, Axel
1995 *Mercados de derechos de aguas*, en: Debate Agrario, No. 21, Lima, p. 15-36.
- Solanes, Miguel/**
Getches, David
1998 Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico. Washington, BID/Cepal.
- Stavenhagen, Rodolfo/**
Iturralde, Diego (Ed.)
1990a Entre la Ley y la Costumbre.- El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. México, Instituto Indigenista Interamericano.
- Stavenhagen, Rodolfo**
1990b Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional, in: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Hg.) Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.- Manual de Conferencias. San José, IIDH/ CAPEL, S. 221-58.
- Stavenhagen, Rodolfo**
1997 *Las Organizaciones Indígenas: Actores Emergentes en América Latina*, in: Revista de la CEPAL, No. 62, Santiago de Chile, S. 61-73.
- Taylor, Charles**
1993 El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México, Fondo de Cultura Económica.
- Toledo Llancaqueo, Victor**
1999 Todas las aguas, el subsuelo, las riberas, las tierras.- Notas acerca de la (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos Naturales y contribución a una política de defensa. Temuco.
- Tresierra, Julio C.**
2000 Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Verweij, Michiel J.**
1999 *Una organización campesina experimentando con agua*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 107-136.
- Verdugo Ramírez de Arellano, Ignacio**
1998 Legislación ambiental en el ámbito de la minería. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA).
- Walzer, Michael**
1993 Las esferas de la justicia.- Una defensa del pluralismo y la igualdad. México, Fondo de Cultura Económica.
- Williams, Stephen**
1983 The requirement of beneficial use as a cause o waste in water resource development, en: Natural Resources Journal, No. 1, Albuquerque, Nuevo México, University Of New México, enero.
- Yoder, Robert/Martin, Edward**
1998 *Water rights and equity issues. A case from Nepal*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (et al.), 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.