

Prácticas ancestrales y derecho de aguas: de la tensión a la coexistencia

Marta Brunilda Rovere y Alejandro Iza
Editores



Prácticas ancestrales y derecho de aguas: de la tensión a la coexistencia

Prácticas ancestrales y derecho de aguas: de la tensión a la coexistencia

Marta Brunilda Rovere y Alejandro Iza
Editores

La designación de entidades geográficas y la presentación del material en este libro no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la UICN o de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) respecto a la condición jurídica de ningún país, territorio o área, o de sus autoridades, o referente a la delimitación de sus fronteras y límites.

Los puntos de vista que se expresan en esa publicación no reflejan necesariamente los de la UICN o de la AECI.

Esta publicación ha sido posible gracias a la generosidad de la AECI.

Publicado por: UICN, Gland, Suiza en colaboración con el Centro de Derecho de Ambiental de la UICN, Bonn, Alemania

Derechos reservados: © 2007 Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales

Se autoriza la reproducción de esta publicación con fines educativos y otros fines no comerciales sin permiso escrito previo de parte de quien detenta los derechos de autor con tal de que se mencione la fuente.

Se prohíbe reproducir esta publicación para venderla o para otros fines comerciales sin permiso escrito previo de quien detenta los derechos de autor.

Citación: Martha Brunilda Rovere y Alejandro Iza (Editores) (2007). *Prácticas ancestrales y derecho de aguas: de la tensión a la coexistencia*. UICN, Gland, Suiza.

x + 159 pp.

ISBN: 978-2-8317-1031-0

Diseño de la cubierta: Editores del Puerto

Fotografía de la cubierta: Lago Titicaca, Perú, América del Sur, por Olivier Föllmi

Producido por: Editores del Puerto s.r.l.
delpuerto@editoresdelpuerto.com
www.editoresdelpuerto.com

Disponible en: Servicio de publicaciones de la UICN
Rue Mauverney 28
1196 Gland, Suiza
Tel: +41 (22) 999 000; Fax: +41 (22) 999 0002
books@iucn.org
www.iucn.org/bookstore

También existe a disposición un catálogo de las publicaciones de la UICN.

Este libro fue impreso en papel obra simétrico de 80 grs.

Índice

Introducción	vii
1. Comunidades indígenas y locales: composición y ubicación.....	1
1. Colombia.....	1
2. Ecuador.....	4
3. Guatemala.....	5
4. Paraguay	8
2. Relación de las comunidades con la propiedad y el manejo de los recursos naturales.....	9
1. Colombia.....	10
2. Ecuador.....	20
3. Guatemala.....	24
4. Paraguay	26
3. Estudios de caso	33
1. Colombia.....	33
2. Ecuador.....	43
3. Guatemala.....	52
4. Paraguay	63
4. Relación entre el derecho consuetudinario y el derecho escrito	67
1. Colombia.....	67
2. Ecuador.....	77
3. Guatemala.....	79
4. Paraguay	87
5. El derecho consuetudinario en el derecho escrito. Normas y políticas que contemplan las prácticas ancestrales y el derecho consuetudinario en materia de recursos naturales y recursos hídricos	89
1. Colombia.....	89
2. Ecuador.....	101
3. Guatemala.....	105
4. Paraguay	109

6. Derecho consuetudinario y derecho escrito: instituciones y mecanismos para promover la incorporación del derecho consuetudinario y de las prácticas ancestrales en el sistema formal. Espacios de participación	113
1. Colombia.....	113
2. Ecuador.....	132
3. Guatemala.....	136
4. Paraguay	141
 7. Foro de Expertos.....	 145
I. Eje temático: Tensión entre el sistema formal y el sistema indígena. Conflictos.....	145
II. Eje temático: Aspectos institucionales y participación	148
III. Eje temático: Trilogía: derecho nacional, derecho indígena y derechos humanos.....	148
IV. Eje temático: Incidencia política de las comunidades dentro de los espacios institucionales existentes	151
 Bibliografía	
1. Colombia.....	153
2. Ecuador.....	155
3. Guatemala.....	155
4. Paraguay	157
 Autores y editores.....	 159

Introducción

“Vivían aquellos pueblos de la pesca en las lagunas de Huanacache, en cuyas orillas permanecen aún reunidos y sin mezclarse sus descendientes, los laguneros... Hasta hoy se conservan tradicionalmente las leyes y formalidades de la gran cacería nacional que practicaban los huarpes todos los años”.

Recuerdos de provincia, Domingo Faustino Sarmiento

Muchas de las culturas prehispánicas tuvieron una íntima vinculación con el agua. Para los incas, el dios principal era el del agua, en tanto que el sol era como la fuerza motriz representativa de aquel que animaba a todas las cosas, es decir, Wiracocha, el creador del universo. Los templos de los chibchas fueron los lagos, la morada de los dioses.

En la mitología azteca, la creación está vinculada con el agua: Tezcatlipoca y Quetzalcóatl advierten que los dioses requieren compañía frente a la existencia del mar, esa inmensidad donde habitaba un monstruo: la tierra. Con el objeto de atraer a ese monstruo, Tezcatlipoca ofrece su pie como carnada. La tierra sale del agua y entonces Tezcatlipoca y Quetzalcóatl la toman y la estiran para darle su forma. Sus ojos se convierten en lagunas y sus lágrimas, en ríos.

Para los guaraníes, Yjara, el duende del río, protege las aguas y si alguien las daña él lo arrastra con sus largos cabellos y barba hasta ahogar al culpable.

Esta mística y vínculo divino con el agua se manifestó, entre otros, a través del desarrollo de obras destinadas a conservar y gestionar el agua con fines ceremoniales, económicos y sociales, de las cuales todavía existen vestigios: las terrazas de cultivo y la canalización para el riego en el Valle Sagrado de los Incas o la construcción de terraplenes y la conservación de las riberas de los ríos en las culturas de la ciénaga (Colombia) o los acueductos de la cultura nazca en Perú, para citar algunos. Derivado de ello, para regular la interacción de los diferentes actores, y con fundamento en reglas basadas en las leyes naturales y en las creencias espirituales de dichos pueblos, surgió un sinnúmero de prácticas.

Todavía en la actualidad existen comunidades indígenas¹ que gestionan sus recursos naturales, entre ellos el agua, de acuerdo con reglas y prácticas ancestrales. En la mayoría de los

¹ En el contexto del presente trabajo, el término indígena, ancestral o tradicional, debe entenderse como relativo a un sector de la población que comparte una experiencia común de relación de subyugación frente al colonialismo de otros pueblos. Al decir de James Anaya, “en la actualidad, los pueblos indígenas son definidos, y así se identifican a sí mismos, en referencia a identidades anteriores a las invasiones históricas de otros grupos y a las historias que acompañaron a éstas, historias que generaron y continúan generando formas de opresión que ponen en peligro su supervivencia cultural y su autodeterminación como pueblos diferenciados”, *Indigenous Peoples in International Law*, Second Edition, Oxford University Press Inc, 2004.

casos, el sistema formal de los Estados en los que habitan esas comunidades, si bien reconoce los derechos indígenas en sus constituciones o normas y, en algunos casos, tiene jurisprudencia e iniciativas que los hacen valer, no acoge en él de manera adecuada ni reconoce en la práctica las reglas no escritas del derecho consuetudinario, en forma acorde con la cosmovisión indígena. Esta situación deriva en el riesgo de generación de conflictos en cuanto a la interpretación y aplicación de tales derechos y prácticas, y en un funcionamiento ineficaz del sistema jurídico e institucional.

En el año 2000, la Declaración del Milenio² destacó la necesidad de detener la explotación insostenible del agua y la formulación de estrategias de ordenación destinadas a promover un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado, y enfatizó la necesidad de reforzar las capacidades para implementar los principios, las prácticas democráticas y el respeto por los derechos humanos incluyendo los derechos de las minorías.

La particularidad de la ecología reside, como señala Boff, “en su transversalidad, es decir, en el relacionar hacia los lados (comunidad ecológica), hacia adelante (futuro), hacia atrás (pasado) y hacia dentro (complejidad) todas las experiencias y todas las formas de comprensión como complementarias y útiles para nuestro conocimiento del universo”³.

A la luz de lo expuesto en este trabajo, resulta imperiosa la necesidad de buscar soluciones a problemas complejos como los relativos a la cantidad, la calidad y el acceso al agua. Las experiencias prácticas demostraron que los regímenes que involucran a los directamente interesados, y particularmente a los pueblos indígenas, son más equitativos y tienden a ser más sostenibles que aquellos desarrollados en su ausencia. Este libro propone entonces poner de relieve, desde una visión trans-sectorial y trans-temporal, que las prácticas ancestrales y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas relacionados con el uso de los recursos naturales, y del agua en particular, son de fundamental importancia para la conservación y gestión sostenible de dichos recursos y que, por tanto, deben ser adecuadamente ponderados para su inclusión o incorporación en el ordenamiento formal en aquellos países donde todavía subsisten.

Partiendo de estas premisas, el libro tiene por objeto, en primer lugar, documentar algunas de las prácticas locales más significativas en materia de aguas en cuatro países de América Latina: Colombia, Ecuador, Guatemala y Paraguay. A partir de un análisis de varios estudios de caso, se pretende arrojar un halo de luz en la relación existente entre dichas prácticas, y la normativa y administración del derecho escrito en materia de aguas.

El libro recoge los resultados de investigaciones específicas llevadas a cabo en cada uno de los países señalados, que estuvieron destinadas a identificar el derecho consuetudinario y las prácticas ancestrales en materia de usos del agua, además de las normas del derecho formal. Al analizar, por así decirlo, “la frontera” entre lo informal y lo formal, entre lo tradicional y lo con-

² Adoptada el 8 de septiembre de 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³ Boff, Leonardo, *Ecología: Grito de la Tierra, grito de los pobres*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2006.

vencional, entre lo oral y lo escrito, el trabajo pretende identificar puntos de contacto y/o eventuales conflictos y, mediante procesos de diálogo, conciliar la convivencia entre dichos cuerpos de normas de una manera que promueva una gestión sostenible y equitativa, la conservación de los recursos más armónica con el ambiente y, en última instancia, una gobernanza efectiva del agua.

Dentro de la cosmovisión y la práctica indígena, el agua va asociada a otros recursos. Por tal motivo no es fácil hablar de prácticas y derecho consuetudinario de aguas *per se* y en forma específica. No obstante ello, los diversos estudios de caso apuntan a dar una idea acerca de aquellas prácticas y del derecho derivado que más se vinculan con el agua y, de esta manera, analizar la zona de interfase con el derecho formal.

En segundo lugar, el libro se adentra en el análisis de normas y políticas de los cuatro países vinculadas con las prácticas ancestrales y el derecho consuetudinario, con particular atención en lo que atañe al agua. Luego analiza las instituciones y los mecanismos que pueden promover la inclusión de dichas prácticas y del derecho consuetudinario en el sistema formal, teniendo en cuenta los mecanismos de participación que pueden ser utilizados para incidir políticamente en la incorporación de las prácticas/derechos consuetudinarios en el derecho formal.

El análisis de la interrelación que existe entre las prácticas ancestrales y los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas, y el derecho formal o escrito, conduce en alguna medida hacia el análisis de la vinculación entre dichas prácticas/derechos y los derechos humanos. En la exploración de la interfase prácticas ancestrales/derecho consuetudinario-derecho formal, el presente trabajo pudo advertir una tensión constructiva entre el sistema de derechos humanos que es de corte individual, y el de los derechos indígenas, que es de corte colectivo.

Los derechos humanos actúan como límite y, a la vez, como impulsores del reconocimiento de los derechos y del sistema jurídico indígena constituido por un derecho propio y una jurisdicción especial. Esta tensión se manifiesta también en el hecho de que los derechos humanos son de carácter universal y supracultural, en tanto que los derechos indígenas son plurales, en el sentido de que implican la aceptación de diferentes grupos con prácticas, usos, costumbres y sistemas jurídicos propios, basados en sistemas de valores que parten de la diversidad étnica y cultural, que configuran la identidad de los pueblos indígenas.

El derecho al agua fue explícitamente reconocido como un derecho fundamental por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴ a través del Comentario General N° 15, que reconoce en forma explícita al agua como un derecho humano fundamental y solicita a los gobiernos que adopten estrategias y planes que permitan hacer realidad dicho derecho, entre otros, por medio de un enfoque basado en los derechos humanos. Dicho enfoque, que implica

⁴ Este comité está encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comentario General N° 15, adoptado en noviembre de 2002, es una interpretación legal del pacto de carácter no vinculante.

tener en cuenta en particular los derechos de los grupos más vulnerables, aplicar un criterio de equidad y de no discriminación y asegurar la participación de los grupos involucrados, pone nuevamente de manifiesto la cuestión relativa a la vinculación entre las prácticas ancestrales, los derechos consuetudinarios de las comunidades indígenas y el derecho escrito. Acorde con este enfoque, los gobiernos deben contemplar, entre otras cuestiones, el rol de las mujeres en el aprovisionamiento, gestión y uso sostenible del agua, la participación de las comunidades indígenas en la planificación y la toma de decisiones en materia de proyectos que puedan afectar sus derechos, y la puesta a disposición de mecanismos que permitan recurrir a la justicia. En última instancia, el enfoque de derechos humanos aplicado al agua puede servir de vehículo para la garantía y el respeto del derecho indígena.

Los estudios de caso expuestos y el análisis de los desarrollos legislativo, jurisprudenciales y de procesos participativos destacan una diversidad de enfoques que impiden arribar a conclusiones generales aplicables a todos los países por igual. No obstante ello, en la última sección del libro, donde se recogen los aportes del foro de expertos realizado en la ciudad de Antigua, Guatemala, se incluyen propuestas que con el ánimo de contribuir a futuras reflexiones en la materia pretenden a la vez vincular las prácticas ancestrales y los derechos consuetudinarios con las políticas públicas y la legislación, contribuir a facilitar un diálogo entre distintos sistemas jurídicos y, en definitiva, preparar un tránsito de la tensión a la coexistencia.

Dr. Alejandro Iza
Jefe del Programa de Derecho Ambiental
Director del Centro de Derecho Ambiental

1

Comunidades indígenas y locales:
composición y ubicación

En los cuadros expuestos a continuación se muestra la composición, ubicación y otros datos relativos a las comunidades indígenas y locales de los países objeto de estudio.

1. Colombia

Tabla 1: Grupos étnicos en Colombia

Nombre del grupo étnico	Departamento	Población	Área (has)
ACHAGUA (ajagua, axagua)	Meta	283	3.318
AMORÚA (wipiwe)	Casanare	178	94.670
ANDOKE (andoque, cha'oje, businka)	Caquetá, Amazonas	597	57.900
ARHUACO (ijka, bintukua, ika, Arauco)	Guajira, Cesar, Magdalena	14.799	196.028
AWA (cuaiker, cuaiquer)	Nariño, Putumayo	15.364	252.318
BARA (wai maja, posanga-mira)	Vaupés	109	0
BARASANA (barasano, banera yae, hanera oka)	Amazonas, Vaupés	2.008	0
BARÍ (motilón, barira, dobocubi, cunausaya)	Norte de Santander	3.617	122.200
BETOYE (jirarre) (NHLA)	Arauca	800	702
BORA (meamuyna)	Amazonas	701	0
CAÑAMOMO (incluye San Lorenzo)* (NHLA)	Caldas	26.083	4.450
CARAPANA (karapana, moxdoa, muxtea, mi tea)	Vaupés	464	0
CHIMILA (Ette E'neka)	Magdalena	900	379
CHIRICOA	Arauca	173	0
COCAMA (kokama)	Amazonas	792	87.481
COCONUCO (NHLA)	Cauca	6.767	27.934
COREGUAJE (korebahu, coreguaje, coreguaxe)	Caquetá, Putumayo,	2.212	21.915
COYAIMA-NATAGAIMA (pijao) (NHLA)	Tolima, Huila, Caquetá	24.663	22.753
DESANO (wira, kotedia, winá)	Vaupés, Guaviare	2.457	265.179
DUJOS* (NHLA)	Huila	98	954
EMBERA	Córdoba, Caldas, Antioquia, Chocó, Caquetá, Quindío, Risaralda, Cauca, Valle del Cauca, Bolívar, Nariño, Putumayo	49.686	944.058
EMBERA CHAMÍ	Caldas, Antioquia, Chocó, Risaralda, Valle del Cauca	5.511	33.261

Nombre del grupo étnico	Departamento	Población	Área (has)
EMBERA KATÍO	Caldas, Antioquia, Chocó, Caquetá, Córdoba, Putumayo	32.899	643.004
EPERARA SIAPIDARA	Cauca, Nariño	651	6.170
GUAMBIANO (misag, huamimehab, silviano)	Cauca	23.462	23.694
GUANACA (NHLA)	Cauca	723	1.000
GUAYABERO (mitua, guayavero, cunimia)	Guaviare, Meta	1.118	68.200
HITNU (macaguane, jitnu, macaguán, hutnun)	Arauca	441	5.029
INDÍGENAS RESIDENTES EN BOGOTÁ**	Cundinamarca	1.300	0
INGA (ingano)	Bolívar, Caquetá, Cauca, Nariño, Putumayo, Amazonas	19.089	109.913
KAMÉNTSA (kammsá, camas, sibundoy, gache)	Putumayo	4.773	5.231
KARIJONA (carijona, carifuna, hianacoto-umaua, kaliohona)	Amazonas, Guaviare	307	1.619.180
KAWIYARÍ (cabiyari, kawiarí, kabiyarí)	Amazonas, Vaupés	311	0
KOFÁN (cofán)	Putumayo, Nariño	877	26.056
KOGUI (kággaba, cogui, kogi, yoghi)	Cesar, Guajira, Magdalena	9.911	383.877
KUBEO (paniwa, cubeo, cobewa, hipnwa, kaniwa)	Amazonas, Guaviare, Vaupés	6.647	3.432.897
KUIBA (cuiba, wamone, chiricoa, maiben)	Arauca, Casanare	2.445	1.599
KURRIPAKO –incluye baniva– (curripaco, kurripaco)	Guainía, Guaviare, Vichada, Vaupés	7.827	3.616.357
LETUAMA (lituana, detuama)	Amazonas, Guainía, Guaviare	705	1.020.320
MAKAGUAJE (macacuaje, macaguaxe)	Caquetá	50	0
MAKUNA (sara, ide masa, buhagana, siroa, tsoola)	Amazonas, Vaupés	1.009	0
MASIGUARE	Casanare	416	0
MATAPÍ (jupichiya)	Amazonas	220	0
MIRAÑA (mirnha, miraya)	Amazonas	715	0
MUISCA (chibcha) (NHLA)	Cundinamarca	1.859	0
NASA (páez, paez, nasa y yute)	Caquetá, Cauca, Huila, Meta, Putumayo, Tolima, Valle del Cauca	138.501	401.065
NONUYA (nunuya)	Amazonas	228	59.840
NUKAK (Bakú, macú wacará)	Guaviare, Vaupés	1.483	954.480
OCAINA (okaina, orebe, diokaya)	Amazonas	137	0
PASTO (quillacinga, quillasinga) (NHLA)	Nariño	69.789	39.880
PIAPOCO (dzase, tzase, cuipaco, piapoko, wenéwika)	Arauca, Meta, Vichada, Guainía	4.926	424.970
PIAROA (dearuwa, wo'tihev, maco)	Guaviare, Vichada	773	181.188
PIRATAPUYO (parata-puya, wai kana, uaikama, waikhana)	Guaviare, Vaupés	697	303
PISARAMA (papiwa, pisatapuyo, wasona, wasina)	Vaupés	61	0

Nombre del grupo étnico	Departamento	Población	Área (has)
PUINAVE (puinabe, uaipi, guaipunare, wantyinht)	Guainía, Guaviare, Vichada	6.604	4.012.183
SÁLIBA (saliva)	Casanare, Vichada	1.929	42.682
SENÚ (NHLA)	Antioquia, Córdoba, Bolívar, Sucre	34.566	11.963
SIKUANI (JIVE) (guahibo, guajibo)	Arauca, Casanare,		
	Guainía, Guaviare, Meta,		
	Vichada	23.006	2.400.329
SIONA (ganteyabain, ganeya, ceona, zeona, koka kanú)	Putumayo, Meta,		
	Vichada	734	13.127
SIRIANO (sura masa, cirnga, chiranga, si-ra)	Vaupés	749	0
TAIWANO (tajuano, eduria, taiunano)	Vaupés	22	0
TANIMUKA (ufaina, tanimuca, tanimboka, ohañara, opaima)	Amazonas	1.247	0
TARIANO (tariana)	Amazonas, Vaupés	445	0
TATUYO (juna, maja, pamoá, tatutapuyo, sina, sura)	Amazonas, Vaupés	331	0
TIKUNA (ticuna, tukuna)	Amazonas	7.102	276.645
TOTORÓ (NHLA)	Cauca	4.130	3.406
TSIRIPU (mariposo, siripu)	Casanare	163	0
TUCANO (desea, dasea, tukano, yepa masa)	Guaviare, Vaupés	6.996	576.655
TULE (kuna, tulemala, bayano, yule, caribe-kuna)	Antioquia, Chocó	1.231	10.298
TUYUKA (dojkapuara)	Vaupés	642	0
UITOTO (witoto, huitoto, murui, muiname, mi-ka, mi-pode)	Amazonas, Caquetá,		
	Putumayo	7.343	6.380.965
U'WA (tunebo, uwua, lache)	Arauca, Boyacá,		
	Casanare, Norte de Santander, Santander	7.231	352.422
WANANO (guanano, notoria, banano)	Guaviare, Vaupés	1.395	38.750
WAUNAN (waunana, wounaan, noanamá, waumeu)	Chocó, Valle del Cauca	8.177	189.452
WAYUU (guajiro, wayu, uáira, waiu)	Atlántico, Bolívar, Guajira, San Andrés y Providencia	149.827	1.082.547
WIWA (arzario, guamaca, malayo, sanjá, dumuna)	Cesar, Guajira,		
	Magdalena	1.922	209
YAGUA (ñihamwo, mishara)	Amazonas	297	4.209
YANACONA (mitimae) (NHLA)	Cauca, Huila, Quindío	21.457	43.098
YAUNA (kamejeya)	Amazonas	103	0
YUKO (yukpa, yuko)	Cesar	3.651	34.218
YUKUNA (yucuna, yukuna-mapapí)	Amazonas	550	212.320
YURI (carabayo, arojes)	Amazonas	217	0
YURUTI (wai jiaa masa, wadyana, wadzana, totsoca, waikana)	Vaupés	687	0

Fuente: el presente cuadro se basa en la unión de datos de los cuadros 18 y 19 contenidos en: Arango Ochoa, R. y Sánchez Gutiérrez, E., *Los pueblos indígenas de Colombia: En el umbral del nuevo milenio*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2004.

Los datos citados como fuente en los cuadros referidos en el libro son:

Cuadro 18. Fuente: Anexo 1. Guía Etnográfica de Colombia. Arango y Sánchez. Los Pueblos Indígenas de Colombia 1997. Dane, Estudio postcenso, actualizado a diciembre de 2001 con resguardos constituidos por el Incora. * Sin denominación conocida, se designó con el nombre del resguardo. ** Corresponde a representantes de 47 etnias, residentes en Bogotá, según censo de 1993.

(NHLA): no hablante de la respectiva lengua aborígen. Etnias con otros nombres entre paréntesis: corresponde a la forma como se autodenomina el grupo étnico o se encuentra en la literatura etnográfica - Anexo 1. Nota: Los muinane, ubicados en el departamento del Amazonas, se incluyeron en el grupo étnico uitoto. Algunas etnias que aparecen con cero en la columna de hectáreas comparten el territorio con otros grupos étnicos. Es el caso de los kogui y arhuaco en la Sierra Nevada de Santa Marta y los kúbeo que comparten el resguardo Parte Oriental del Vaupés con otras etnias.

Cuadro 19. Fuente: Anexo 1. Guía etnográfica de Colombia; con base en Dane diciembre 2001. * Sin denominación conocida, se colocó el nombre del resguardo. ** Corresponde a representantes de 47 etnias según censo Dane de 1993. Nota: La mayoría de las etnias que figuran con cero en la columna de hectáreas, comparten su territorio con otros grupos étnicos. Es el caso de los kúbeo que comparten su resguardo con 17 etnias, los yukuna en el Mirita-Paraná, comparten el resguardo con ocho etnias y los kogui y arhuaco cuyos resguardos son compartidos y además están ubicados en tres departamentos.

2. Ecuador

Tabla 2: Grupos étnicos en Ecuador

Nombre del grupo étnico	Región / Provincia	Población (aprox.)
	Costa	
Awa	Carchi, Esmeraldas, Imbabura	3.570
Chachi	Esmeraldas	8.000 a 10.000
Epera	Esmeraldas, Orellana	250
Tsa'chila	Pichincha	2.640
Pueblo Manta – Huancavilca – Puná	Manabí, Guayas	Huancavilca: 34.850; Punáes 500; Manteños 30.340
	Amazonía	
A'í Cofán	Sucumbíos	800
Secoya	Sucumbíos	—
Siona	Sucumbíos	200
Huaorani	Orellana, Pastaza, Napo	2.000
Shiwiar	Pastaza	721
Zápara	Pastaza	200
Achuar	Pastaza, Morona Santiago	4.700
Shuar	Morona Santiago, Zamora Chinchipe, Pastaza, Napo, Orellana, Sucumbíos, Guayas, Esmeraldas	110.000
Kichwa Amazonía	Sucumbíos, Orellana, Napo, Pastaza	80.000
	Sierra	
Pueblo Karanki	Imbabura	6.360
Pueblo Natabuela	Imbabura	—
Pueblo Otavalo	Imbabura	65.000
Pueblo Kayambi	Pichincha, Imbabura, Napo	147.000
Pueblo Kitukara	Pichincha	100.000
Pueblo Panzaleo	Cotopaxi	100.000
Pueblo Chibuelo	Tungurahua	12.000
Pueblo Salasaca	Tungurahua	—
Pueblo Waranca	Bolívar	—
Pueblo Puruhá	Chimborazo	364.682
Pueblo Cañari	Azuay, Cañar	150.000
Pueblo Saraguro	Loja, Zamora Chinchipe	52.537

Fuente: www.edufuturo.com y REGAL-ECOLEX.

3. Guatemala

Tabla 3: Grupos étnicos en Guatemala

Grupo étnico	Idioma	Población hablante	Cobertura geográfica (km ²)	Departamentos, municipios, aldeas
Maya	Achi	51.593	1.794	Baja Verapaz: Cubulco, Rabinal, San Miguel Chicaj, San Jerónimo, Salama, El Chol.
				Alta Verapaz: Tactic, San Cristóbal.
	Akateco	5.572	114	Huehuetenango: San Rafael La independencia, San Miguel Acatan y aldea Jo'am de San Sebastián Coatan.
	Awakateco	16.272	240	Huehuetenango: Aguacatan.
	Chorti	9.105	240	Chiquimula: Jocotan, Camotan, Olopa y Quezaltepeque.
				Zacapa: La Unión.
	Chuj	38.253	1.415	Huehuetenango: San Mateo Ixtatán, San Sebastián Coatán y algunas aldeas de Nentón.
	Ixil	69.137	1.439	Quiché: San Gaspar Chajul, San Juan Cotzal, Santa María Nebaj.
	Itza	123	1	Peten: San José, San Andrés, Ciudad Flores, Santa Elena, San Benito.
				Guatemala: Chuarrancho, San Juan Sacatepequez, San Pedro Ayampuc, San Pedro Sacatepequez y San Raymundo.
				Sacatepequez: Magdalena Milpas Altas, San Antonio Aguascalientes, Santa Catarina Barahona, San Lucas Sacatepequez, San Bartolomé Milpas Altas, Santiago Sacatepequez, Sumpango, Santa María de Jesús, Santo Domingo Xenacoj, San Miguel Dueñas, San Juan Alotenango, Santa Lucía Milpas Altas.
				Escuintla: Santa Lucía Cotzumalguapa.
				Sololá: Panajachel, San Andrés Semetabaj, San Antonio Polopo, San Cruz La Laguna, Sololá, Concepción y San Marcos La Laguna.
				Suchitepequez: San Antonio Suchitepequez, San Juan Bautista y Patulul.
				Baja Verapaz: El Chol (Parte).
	K'ichè	922.378	7.918	Quiché: Costal, Chajul, Chicaman, Quiché, Chichicastenango, Chinique, Cunén, Joyabaj, Pachalum, Patzité, Sacapulas (parte), San Andrés Sajcabajá, San Antonio Ilotenango, San Bartolo Jocotenango, San Miguel Uspantán (3 aldeas), San Pedro Jocopilas, Santa Cruz del Quiché, Santa María Nebaj (parte), Zacualpa.
				Huehuetenango: Aguacatán (Parte norte), Malacatán (Parcialmente).
				Quetzaltenango: Almolonga, El Palmar, La Esperanza, Olindepeque, Quetzaltenango, Salcajá, San Carlos Sija, San Francisco La Unión, San Mateo, Sibilá, Zunil.

Grupo étnico	Idioma	Población hablante	Cobertura geográfica (km ²)	Departamentos, municipios, aldeas
				Retalhuleu: Champerico, El Asintal, Nuevo Palmar (Belén), Nuevo San Carlos, Retalhuleu, San Andrés Villa Seca, San Felipe, San Martín Zapotitlan, San Sebastián Retalhuleu, Santa Cruz Mulua, Concepción.
				Sololá: Nahualá, San Juan La Laguna (3 aldeas), Santa Catarina Ixtahuacán, Santa Clara La Laguna, Santa Lucía Utatlán y Sololá.
				Suchitepequez: Chicacao, Cuyotenango, Patulul (La Ermita), Pueblo Nuevo, Río Bravo, Mazatenango, Samayac, San Bernardino, San Francisco Zapotitlán, San Gabriel, San José el Ídolo, San Lorenzo, San Miguel Panan, San Pablo Jocopilas, Santa Bárbara (parte), Santo Domingo Suchitepequez, Santo Tomás La Unión, Zunilito.
				Totonicapán: Momostenango, San Andrés Xecul, San Bartolo Aguas Calientes, San Cristóbal Totonicapán, San Francisco El Alto, Santa Lucía La Reforma, Santa María Chiquimula, Totonicapán.
				San Marcos: San Antonio Sacatepequez.
				Chimaltenango: Tecpan.
Mam	Mam	519.664	6.577	Huehuetenango: Malacatancito, San Sebastián Huehuetenango, Colotenango, San Gaspar Ixchil, Santa Bárbara, La Libertad, San Ildelfonso Ixtahuacán, Chiantla, San Rafael Petzal, Tectitán, Santiago Chimaltenango, La Democracia, San Juan Atitán, Cuilco, San Pedro Necta y Todos Santos Cuchumatán.
				Quetzaltenango: San Martín Sacatepequez, San Juan Ostuncalco, Concepción Chiquirichapa, San Miguel Sigüilá, Palestina, Cajolá, Huitán, Cabricán, Génova, Colomba, Flores Costa Cuca y Coatepeque.
				San Marcos: Concepción Tutuapa, San Miguel Ixtahuacán, Catarina, Comitancillo, El Quetzal, El Rodeo, El Tumbador, Esquipulas Palo Gordo, La Reforma, Malacatán, Nuevo Progreso, San Antonio Sacatepequez, San Cristóbal Cucho, San José Ojetenam, San Lorenzo, San Marcos, San Pablo, San Pedro Sacatepequez, San Rafael Pie de la Cuesta, Sibinal, Tajumulco, Tejutla, Río Blanco, Tacaná, Ocos, Ixchiguan, Pajapita y Ayutla.
				Peten: Dolores, San Luís, Poptun, y parte de Melchor de Mencos.
				Huehuetenango: Jacaltenango, Concepción Huista, San Antonio Huista, Nenton (parte), La Democracia (parte).
Poqomam	Poqomam	9.548	547	Escuintla: Palín.
				Guatemala: Chinautla, Mixco (parte), Petapa, Amatitlán, Pinula.
Poqomchi	Poqomchi	69.716	1.030 en zona núcleo y 1.444 en zona bilingüe con el idioma Q'eqchi'.	Alta Verapaz: San Cristóbal, Santa Cruz Verapaz, Tactic, Tamahu, Tucuru.

Grupo étnico	Idioma	Población hablante	Cobertura geográfica (km ²)	Departamentos, municipios, aldeas
				Baja Verapaz: Purulhà.
				Quiché: Parte nororiental del Municipio de Uspantàn.
	Q'anjob'al	99.211	1.996	Huehuetenango: San Pedro Soloma, San Juan Ixcoy, Barillas y Santa Eulalia.
	Q'eqchi	726.723	24.662 en la zona núcleo y 29.582 con la zona de avance.	Alta Verapaz: Chahal, Chisec, Coban, Fray Bartolomé de las Casas, Lanquin, Panzos, Chamelco, Carchà, Cahabon, Senahù, Tucuru.
				Baja Verapaz: Purulhà.
				Peten: La Libertad, Poptùn, San Luís y Sayaxché.
				Quiché: Ixcan, Playa Grande y Uspantàn.
				Izabal: El Estor, Livingston y Morales.
	Sacapulteco	3.940	62	Quiché: Sacapulas.
	Sipakapense	6.344	93	San Marcos: Sipacapa: 5 aldeas, 16 caseríos.
	Tektiteko	1.241	47	San Marcos: Tectitan, Cuilco (una parte).
	Tz'utujil	47.669	350	Sololà: San Juan La laguna, San Lucas Tolimàn, San Pablo La Laguna, San Pedro La Laguna, Santa María Visitación y Santiago Atitlàn.
	Uspantanteko	1.231	57	Quiché: Uspantàn.
Xinca		18	2	Santa Rosa: Chiquimulilla.
Garífuna		203	20	Izabal: Puerto Barrios, Livingston, El Estor, Morales y Los Amates.

Fuente: *Atlas lingüístico de Guatemala*: Richards, Michael. Colaboradores: Equipo técnico del Proyecto Mapeo Lingüístico: Narciso Cojti, Humberto Flores Alvarado, Aurelio Hurtado y Julia Richards (Lingüistas). Mario Carrillo y Fred Clark (Sistemas de Información Geográfico), Editorial Serviprensa, S.A. SEPAZ, UVG, URL, USAID. Guatemala, 2003.

4. Paraguay

Tabla 4: Grupos étnicos en Paraguay

Familia lingüística	Pueblos – Etnias	Población
Región occidental		
Zamuco	Ayoreo (Moro, Ayoweo)	2.015
	Ishir (Chamacoco)	1.571
Mataco	Nivaclé (Chulipí)	14.000
	Maká	1.120
	Manjui (Choroti)	520
Maskoy	Enlhet (Enxet, Enlhit, Lengua)	14.200
	Guaná	500
	Sanapá	1.850
	Angaité	2.200
	Toba Maskoy	2.650
Guaicurú	Qom Lik (Toba Qom)	1.020
Guaraní	Guaraní occidentales (Guarayo Chiriguano)	2.100
	Guaraní Nandeva (Tapieté)	1.990
Total población región occidental		45.563
Región oriental		
Guaraní	Pai Tavyterá	9.500
	Mbya	12.100
	Avá Guaraní (Chiripá, Ava katú eté)	9.450
	Aché (Guayakí)	801
Total población región oriental		32.010

Fuente: Zanardini y Biedermann (2001).
Actualizado parcialmente con el *Atlas de las comunidades indígenas del Paraguay* (2004).

2 Relación de las comunidades con la propiedad y el manejo de los recursos naturales

En todos los países analizados, el tema de la propiedad sobre los recursos naturales está estrechamente ligado al de la propiedad de la tierra. Por tal motivo se expondrá en primer lugar el estado de avance efectuado por cada uno de los países en el reconocimiento del derecho a la propiedad de las tierras que habitan o que poseyeron tradicionalmente en el tiempo las comunidades indígenas y locales, y luego se analizará la situación vigente en el manejo de los recursos naturales.

Una de las cuestiones sobre las que demuestra mayor interés en la actualidad el derecho internacional en materia de derechos humanos, es la delimitación del concepto y del alcance del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre la tierra que ocupan. Se parte de la idea de que para los indígenas existe un “lazo simbiótico” entre tierra, cultura, ambiente y vida¹, y que la tierra trasciende la mera función utilitaria que le asigna la visión liberal de Occidente, para confundirse con las más profundas expresiones vitales de los pueblos indígenas, tanto individuales como colectivas².

Como se verá a continuación, los cuatro países reconocen a las comunidades indígenas, en sus respectivas constituciones, el derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras y sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios, y los beneficios resultantes de su explotación. Todos ellos aprobaron, y por ende incorporaron a sus ordenamientos jurídicos, los convenios internacionales aplicables en materia indígena y de derechos humanos. Sin embargo, se observan diferencias en cuanto a la reglamentación de estos derechos a través del dictado de normativa específica, formulación de políticas públicas y jurisprudencia que reconoce y aplica tales derechos.

¹ Ver escrito *Amicus Curiae* presentado por Romina Picolotti en representación del International Human Rights Law Group (IHRIG) y el Center for International Environmental Law (CIEL) en autos “Awasi Tingni Mayagna (Sumo) Comunidad Indígena vs. República de Nicaragua”, tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

² “It is essential to know and understand the deeply spiritual special relationship between indigenous peoples and their land as basic to their existence as such and to all their beliefs, customs, traditions and culture. For such peoples, the land is not merely a possession and a means of production. The entire relationship between the spiritual life of indigenous peoples and Mother Earth, and their land, has a great many deep-seated implications. Their land is not a commodity that can be acquired, but a material element to be enjoyed freely”. José R. Martínez Cobo, “Análisis del problema de discriminación de poblaciones indígenas”, p. 26, ONU., Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Ad.4, 1987; citado en el escrito *Amicus Curiae*, cit.

1. Colombia

Propiedad de la tierra y de los recursos naturales

Se reconoce a las comunidades indígenas³ el derecho a la propiedad privada colectiva sobre las tierras que poseyeron de manera ancestral. Incluso existen resguardos que datan de la época colonial (propiedad comunal). Aunque el proceso de reconocimiento y consolidación de los derechos territoriales a las comunidades indígenas sufrió varios reveses y retrocesos⁴, la Constitución de 1991 y la ratificación del Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado en Colombia por Ley 21 de 1991, significaron un importante avance legal en la consolidación de los derechos territoriales de las comunidades indígenas, e impulsan el reconocimiento de estos derechos respecto de las comunidades negras⁵. Ambos cuerpos normativos implican una evolución respecto de la consolidación, el fortalecimiento o reconocimiento de nuevos derechos a las comunidades, y sus contenidos son tomados como criterio para la interpretación de las normas dictadas con anterioridad en la materia.

La Corte Constitucional señaló que en virtud de los artículos 93⁶ y 94 de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT integra con ésta “un bloque de constitucionalidad”, ya que el mismo

³ El Decreto 2164 de 1995, que reglamenta lo relacionado con dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional, define a la comunidad o parcialidad indígena de la siguiente manera: “Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tiene conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes” (art. 2).

⁴ La Corte Constitucional, en Sentencia T-634 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló que pese a que en la colonia se mantuvo algún reconocimiento de los derechos indígenas a los resguardos como tierras comunales, en 1821 en el Congreso de Cúcuta (inicio de la República) se hicieron sentir las presiones de sectores dominantes para disolver los resguardos. Es así que mediante Ley 11 del mismo año se permitió la propiedad privada y la repartición de los resguardos, con lo que se los despoja de su carácter de territorio y se dejan como simple propiedad raíz. En la década que inicia en 1960, la política de extinción de los resguardos y la incorporación de los indígenas a la economía nacional se sustituyó por programas de mejoramiento económico y social que buscaban integrarlos a los “beneficios de la civilización”. Se dicta la Ley 135 de 1961 que faculta al Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA) a estudiar la situación de las parcialidades indígenas para la reagrupación de la población en resguardos y su posible ampliación mediante la compra de tierras aledañas, con lo que se buscaba volver al concepto comunitario de posesión de la tierra y de producción de la misma. Sin embargo, sólo hasta 1988 el presidente Virgilio Barco impulsó un ambicioso programa de devolución de tierras a los indígenas y reglamentó el procedimiento para la constitución de resguardos que contemplaba la Ley 135 de 1961.

⁵ A los efectos de la presente ley se entiende por “comunidad negra” al “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos” (art. 1).

⁶ El artículo 93 de la Constitución dispone que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos”⁷. Al reconocer estos derechos fundamentales a las comunidades⁸, las disposiciones del convenio integran el bloque constitucional y prevalecen sobre la legislación nacional.

Respecto de los derechos de propiedad, cabe destacar que la Constitución reconoce por primera vez en forma expresa los derechos de propiedad privada colectiva a las comunidades negras⁹. Los artículos transitorios de la Constitución, números 329 y 55, disponen respectivamente que los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y no enajenable, y que debe expedirse una ley que reconozca a las comunidades negras que ocuparon tierras baldías en las zonas ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico y en otras zonas del país de similares condiciones, el derecho de propiedad colectiva de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, y también los mecanismos necesarios para la protección de la identidad cultural y de los derechos de estas comunidades como grupo étnico¹⁰. En cumplimiento de dicho mandato se dictó la Ley 70 de 1993, que entre sus principios incluye la protección del ambiente, teniendo en cuenta las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza¹¹.

⁷ Corte Constitucional, Sentencias SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell y SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ La Corte ha reiterado en varios fallos que la “comunidad indígena” es sujeto de derechos fundamentales y que “éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace ‘a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’”, Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. La Sentencia T-280 de 1993, que desde ese año ya reconocía a la comunidad indígena como sujeto de tales derechos, señala que ello tiene como consecuencia que los derechos que pueden ser amparados por la acción de tutela constitucional no se reducen a los predicables de los miembros, sino que también abarcan los radicados en cabeza de la comunidad como titular en sí misma de derechos fundamentales.

“Además, los integrantes de los grupos indígenas, individualmente considerados, gozan de todos los derechos que se reconocen a los asociados, los que deben ser respetados por las autoridades indígenas, por la comunidad étnica a la que pertenecen y por la sociedad en general, porque el artículo 13 constitucional proscribire toda forma de discriminación por razones de raza, origen, lengua o religión”, Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ La Corte Constitucional, en Sentencia T-955 de 2003, señaló como antecedente del reconocimiento a las comunidades negras del derecho al territorio que tradicionalmente han ocupado, a la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT (anterior al Convenio 169), pero menciona que éste no tuvo ningún desarrollo en la normativa nacional respecto del reconocimiento de los derechos de tales comunidades, por lo que los constituyentes manifestaron la necesidad de incluir una norma expresa sobre los derechos territoriales de estas comunidades en la Carta de 1991.

¹⁰ La Ley 70 de 1993 define “ocupación colectiva” de esta manera: “Es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción” (art. 1).

¹¹ Sobre el Chocó biogeográfico, la Fundación Natura Colombia, en el escrito *La ecoregión del Chocó biogeográfico*, Fundación Natura, Ministerio del Medio Ambiente, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, Inrenare, Ancon, AUESP, citado por la Corte Constitucional en Sentencia T-955 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, señala: “Es la segunda región más lluviosa del planeta y tiene el punto más húmedo del globo.

En cuanto a las comunidades indígenas, la Constitución señaló que la conformación de las entidades territoriales indígenas¹² debe hacerse con sujeción a lo dispuesto por la ley orgánica de ordenamiento territorial, y que su delimitación será realizada por el gobierno con participación de los representantes de las comunidades indígenas. Dicha ley no fue expedida aún, pese a la tramitación de diversos proyectos de ley y la realización de varios debates en torno de dicha temática, motivo por el cual no existen aún en el país entidades territoriales indígenas.

Sin embargo, se garantiza a los miembros de las comunidades indígenas el ejercicio de su autonomía política y jurídica, en el grado que establecen la Constitución y la ley. Ello se traduce en la práctica en elección de sus propias autoridades, las que pueden ejercer funciones jurisdic-

Hay tantas especies de árboles que más de la mitad de ellas están representados por un solo ejemplar de 10 cm de diámetro por cada hectárea, debido tal vez a la alta pluviosidad. La parte septentrional de su territorio puede contener la proporción más elevada de endemismo específico (...) Las lluvias torrenciales alimentan varios ríos majestuosos que descienden de la cordillera occidental y se precipitan al océano, los ríos más pequeños, compensan con el esplendor de su belleza lo que les falta en caudal. La mayoría de especies endémicas locales pertenecen a epífitas, arbustivas o herbáceas (...) En el Chocó biogeográfico se encuentra además, la mayor concentración de aves endémicas del mundo y una extraordinaria diversidad de especies de anfibios y de mariposas. La región del Chocó biogeográfico, es decir las tierras que van desde la serranía del Darién en la frontera con Panamá, hasta el Ecuador, al occidente de la cordillera occidental, son consideradas la región más húmeda del neotrópico y probablemente del mundo. Existen más de 50.000 km², con más de 6.000 mm de precipitación y en algunos lugares se alcanza hasta 13.000 mm. En esta región se encuentra una de las mayores concentraciones de diversidad de especies; estiman que allí están las comunidades de plantas más ricas en especies del mundo, con 262 especies que tienen más de 2.5 cm de diámetro en 0.1 has. (...) Igualmente se registra en esta región uno de los mayores índices de endemismo continental de plantas, o sea exclusivas de una región terrestre. En los invertebrados, el estudio de la fauna de los escorpiones sugiere para la región de la costa del pacífico una gran diversidad de especies, con notorios niveles de endemismo y una afinidad con la fauna amazónica principalmente, aunque una especie tiene relaciones con la fauna de Centroamérica. El Chocó es así mismo un centro de diversidad y endemismo de mariposas. La conservación de la extraordinaria diversidad de formas vivientes del Chocó biogeográfico es una de las mayores responsabilidades de nuestra generación”.

Según el Foro Nacional Ambiental, en el boletín *Sociedad y Biodiversidad. El Foro de Buenaventura: Hacia un escenario Pacífico*, elaborado por Sánchez, E. (2006), en contraste con esa gran biodiversidad, el Pacífico es una de las regiones más pobres y de menor desarrollo económico del país. Las comunidades indígenas y negras viven en condiciones de pobreza por la extracción de sus recursos (oro, platino, pesca, madera, productos del bosque, en algunos sitios palma africana y acuicultura) que no agrega valor a la producción local, no remunera adecuadamente el trabajo de sus pobladores y no genera ahorro productivo para reinvertir en la región. Los recursos de inversión y los captados por pago de tasas de aprovechamiento forestal o títulos mineros no benefician a los grupos étnicos y locales.

¹² Las entidades territoriales en las cuales se divide el país son los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades territoriales indígenas. La ley puede darle carácter de entidades territoriales también a las regiones (reunión de departamentos) y provincias (reunión de municipios o territorios indígenas) (art. 286, CP). Actualmente sólo existen los departamentos, municipios y distritos, las demás no se han creado. Esas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley, en virtud de lo cual pueden gobernarse por autoridades propias, ejercer competencias que les correspondan, administrar recursos, establecer tributos y participar de las rentas nacionales (art. 287, CP). Aunque Colombia es una república unitaria, la consagración de la autonomía de las entidades territoriales no significa una contradicción, sino “la existencia de un régimen político fundado en la conservación de la diversidad en la unidad” (Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

cionales en su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. A pesar de no haberse expedido una ley, son aplicables los principios constitucionales como por ejemplo el reconocimiento de la identidad indígena. A su vez, los territorios indígenas deben ser respetados, en lo que tienen que ver con la diversidad étnica y cultural¹³.

La Corte Constitucional entiende que los resguardos indígenas constituyen una entidad que expresa parte de la nacionalidad colombiana, y que se ubica en el terreno de la cultura. Los resguardos son más que una propiedad raíz y menos que un territorio indígena¹⁴. Ello significa que son conceptos diferentes, aunque pueden coincidir geográficamente¹⁵. Es necesario tener presente el concepto de “territorio indígena”¹⁶, ya que los derechos de propiedad, posesión y uso de los recursos naturales se garantizan a las comunidades no sólo en las áreas tituladas como resguardo, sino en general en todos sus territorios. La Constitución determinó que los resguardos indígenas y las tierras comunales de los grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63, CP)¹⁷.

La Corte manifestó expresamente que el conjunto de derechos reconocidos a las comunidades indígenas por el Convenio 169 se aplica también a las comunidades negras del país¹⁸. Ello responde a que se inscriben dentro de su ámbito de aplicación, que rige también a los pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores nacionales, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial. Señala a su vez, que el término tribal se refiere a grupos que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante, y que el convenio exige dos requisitos para establecer sus destinatarios: un elemento objetivo, referido a la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que los diferencian del

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ El Decreto 2164 de 1995 define para sus fines a los territorios indígenas de la siguiente manera: “Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales” (art. 2).

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Arango Ochoa, R. y Sánchez, E., *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2004, nos recuerdan que “el territorio tiene para los indígenas una unidad consustancial con su cultura y su modo de vivir. Tiene una dimensión económica como lugar en donde los miembros de un pueblo o comunidad encuentran las condiciones y los medios materiales y necesarios para su subsistencia. Tiene también una dimensión cultural como lugar de origen, lugar de referencia del complejo universo simbólico y espiritual de un grupo humano y parte constitutiva de la propia identidad. Tiene también una dimensión social y política como espacio de reproducción de la vida social y sitio seguro frente al extragrupo”.

¹⁷ En este tema, la Ley 70 de 1993 precisó, frente a las tierras de las comunidades negras, que la parte de la tierra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable y que sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por su disolución u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas (art. 7).

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

resto de la sociedad; y un elemento subjetivo, que es la existencia de una identidad de grupo, que hace que los miembros se identifiquen como parte de esa colectividad. Las comunidades negras cumplen esta doble condición. La Corte también aclara que el reconocimiento de derechos colectivos a las comunidades negras se realiza en razón de su estatus como grupo étnico “portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes”¹⁹.

El convenio tiene disposiciones que refieren expresamente a las tierras²⁰ (arts. 13-19) y otras que se relacionan con los recursos naturales existentes en aquellas. De tales disposiciones derivan compromisos para el país, entre los que podemos mencionar los siguientes:

- Adopción de medidas en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan;
- Respeto a la importancia que, debido a sus culturas y valores espirituales, tiene para estos pueblos la relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan, en especial los aspectos colectivos de esa relación;
- Reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y salvaguarda de su derecho a utilizar tierras a las que tuvieron acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, especialmente cuando se trate de pueblos nómadas y agricultores itinerantes;
- Protección especial de los derechos de estos pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras, que comprende el derecho de participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos;
- Existencia de procedimientos para consultar a los pueblos interesados, antes de autorizar programas de prospección o explotación de los recursos minerales y del subsuelo ubicados en sus tierras y determinar si sus intereses serán perjudicados;
- Participación de las comunidades en los beneficios de esas actividades y derecho a una indemnización en caso de sufrir daños a consecuencia de las mismas;
- Respeto del derecho a no ser trasladados de sus tierras. En el caso excepcional de que ello sea indispensable, seguimiento del procedimiento fijado en el convenio;
- Respeto a las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras establecidas por dichos pueblos; y
- Fijación de sanciones apropiadas, en caso de la intromisión en las tierras de los pueblos indígenas, realizadas por personas ajenas a ellos.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Según el artículo 13 de este Convenio, la utilización del término “tierras” que se hace en las disposiciones 15 y 16 del mismo, “incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

La propiedad colectiva sobre los territorios de los grupos étnicos fue calificada como un derecho fundamental por la jurisprudencia colombiana, con base en las normas constitucionales y en el Convenio 169. Se establece que “el derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas”²¹.

El derecho a la propiedad colectiva no debe ser considerado en forma separada de otros derechos fundamentales reconocidos a los grupos étnicos²², ya que se encuentra íntima e indisolublemente ligado a éstos. La Corte Constitucional, en diversas sentencias, manifestó que el sustrato del estado social de derecho pluralista radica en la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan (Sentencia T-955 de 2005 - M.P. Álvaro Tafur Galvis) y que sin el derecho a la propiedad colectiva, los derechos constitucionales a la identidad cultural y a la autonomía serían sólo reconocimientos formales (Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte reafirma a su vez el carácter fundamental que tiene el derecho a la propiedad colectiva, no sólo por lo que significa para la supervivencia de estos pueblos ejercer el dominio sobre el territorio que habitan, sino porque éste hace parte de sus cosmogonías y es necesario para el desarrollo de sus formas culturales²³. También afirma que la titulación colectiva es una estrategia para la protección de los derechos de las comunidades contra el desplazamiento forzado interno²⁴, aunque en la práctica muchas veces no haya logrado este efecto.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²² Del principio constitucional que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7, CP), no sólo depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, que pueden conservar y proyectar el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sino que de él se derivan los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas que son “básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art. 11, CP); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (arts. 1 y 7, CP) sino también de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (art. 12, CP); el derecho a la propiedad colectiva (arts. 58, 63 y 329, CP); y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios”, Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-955 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T- 652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁴ La Corte Constitucional, Sentencia T-955 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, señala que aunque no se dispone de datos sobre el total de afrodescendientes desplazados, muchos importantes desplazamientos de esta población han ocurrido en Urabá, bajo y medio Atrato, Magdalena medio, sur de Bolívar, Montes de María, norte del Cauca, Buenaventura y Baudó, todos territorios de poblaciones negras. En la región del Pacífico, algunos desplazamientos han ocurrido inmediatamente después de que las comunidades recibieron los títulos colectivos de sus territorios.

Manejo de los recursos naturales

Por regla general, los recursos naturales renovables pertenecen a la nación²⁵. En los casos en que exista propiedad privada sobre una parte de alguno de ellos, el derecho de propiedad deberá ejercerse como función social en los términos de la Constitución, y estará sujeto a las limitaciones establecidas en el Código Civil y demás leyes aplicables (arts. 42 y 43 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente (CRNR) Decreto Ley 2811 de 1974).

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales fueron clasificados desde 1887 por el Código Civil como bienes de uso público e imprescriptibles (arts. 677 y 2519). Ello implica que el dominio de esos bienes pertenece a la República y que su uso común corresponde a todos los habitantes del territorio. Posteriormente, el CRNR señaló que sin perjuicio de los derechos adquiridos, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles (art. 80). La Constitución dispuso que los bienes de uso público gozan de la protección de inalienables, imprescriptibles e inembargables que les otorga el artículo 63²⁶.

El Decreto 1541 de 1978²⁷ enumera las categorías de aguas que son de uso público y reconoce de manera excepcional la propiedad privada sobre las aguas que nacen y mueren en una misma heredad. El dominio privado debe ejercerse como función social, sujeto a las limitaciones y demás disposiciones del CRNR²⁸. El CRNR, en su artículo 83, hace extensiva la calidad de inalienables e imprescriptibles a otros bienes que pertenecen al dominio público, cuya protección está íntimamente vinculada a la de las aguas (por ej., el álveo o cauce natural de las corrientes; el lecho de los depósitos naturales de agua; las playas marítimas, fluviales y lacustres).

En relación con la propiedad de los recursos naturales renovables distintos al suelo, que se sitúan en cabeza de los grupos étnicos, deben distinguirse varias situaciones:

- La Ley 70 expresamente confiere la propiedad sobre los bosques a las comunidades negras, al manifestar que el título colectivo comprende los suelos y los bosques. Existe un consenso general en cuanto al reconocimiento a las comunidades indígenas de la propiedad sobre los bosques existentes en sus territorios;

²⁵ Además, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, consagración que tiene jerarquía constitucional ya que se incluye en el artículo 332 de la Constitución.

²⁶ La Corte Constitucional ha expresado que del artículo 63 se desprende un “derecho real institucional”: el dominio público a favor de la nación, como titular de los bienes de uso público, frente a los cuales se rompe la teoría de la comercialidad, dado que éstos se someten a un régimen jurídico especial que tiene rango directamente constitucional, por lo que le corresponde al Estado el derecho y el deber de velar por su integridad.

²⁷ Por el cual se reglamenta la Parte III, del Libro II del Decreto Ley 2811 de 1974 “De las aguas no marítimas”, y parcialmente la Ley 23 de 1973.

²⁸ Frente a las aguas de dominio privado, el Decreto 1541/78 consagró un proceso administrativo de extinción de dominio por su no utilización durante tres años continuos, salvo razones de fuerza mayor. Esas aguas a las que se les extingue el dominio pasan al dominio público.

- No existe en la legislación nacional una norma que de forma explícita atribuya la titularidad de los demás recursos naturales a los grupos étnicos. Por el contrario, la Ley 70 establece que el título colectivo de las comunidades negras no los comprende, e igualmente excluye los bienes de uso público²⁹. La normativa sobre indígenas no dice nada concreto al respecto;
- La normativa y la jurisprudencia calificaron expresamente y de manera reiterada a las aguas, demás bienes señalados en el artículo 83 del CRNR y a los humedales, como bienes de uso público³⁰, los que no pierden o cambian tal carácter en razón de títulos traslativos de dominio³¹ o de adjudicaciones individuales o colectivas;
- El CRNR y el Decreto 1541 de 1978 disponen que la adjudicación de un baldío no comprende la propiedad de las aguas, cauces, rondas, ni la de los demás bienes que enuncia el artículo 83 del CRNR, los que continúan perteneciendo al dominio público (arts. 84, CRNR y 16, Decreto 1541/78). Por tal motivo, cuando el INCODER³² pretenda adjudicar tierras aledañas a ríos o lagos, deberá proceder a delimitar la franja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, de hasta treinta metros de ancho, para excluirla del título de adjudicación (art. 14, Decreto 1541/78);
- La legislación sobre grupos étnicos reconoce el carácter de uso público de las aguas, las que aún en las titulaciones colectivas siguen manteniendo carácter. En este sentido, el Decreto 2164 de 1995 declara que “la constitución, ampliación, reestructuración de un resguardo indígena no modifica el régimen vigente de las aguas de uso público” (art. 24). Las adjudicaciones colectivas a las comunidades negras tampoco comprenden los bienes de uso público³³;
- La Corte Constitucional, en algunos fallos, reconoció que el derecho de propiedad colectiva sobre la tierra de los grupos étnicos conlleva la propiedad de los recursos naturales renovables. Estableció así que “el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos (art. 329, CP) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales renovables existentes en su territorio. Lejos

²⁹ “Artículo 6: Salvo los suelos y los bosques, las adjudicaciones colectivas que se hagan conforme a esta ley, no comprenden: Literal a. El dominio sobre los bienes de uso público (...) Literal c. Los recursos naturales renovables y no renovables (...) Literal g. Áreas del Sistema de Parques nacionales”.

³⁰ Al respecto, consultar: Ponce de León, E., *Humedales. Designación de Sitios Ramsar en territorios de grupos étnicos en Colombia*, WWF-Colombia, Cali, 2004.

³¹ Las aguas de uso público no pierden su carácter, cuando por compra u otro acto traslativo de dominio los predios en los cuales nacen y mueren, se reúnan en cabeza de un solo dueño (art. 19, Decreto 1541/78).

³² El Decreto 1300 de 2003 creó el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) como un establecimiento público nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura, encargado de ejecutar la política agropecuaria y de desarrollo rural, en el cual se reúnen en una sola entidad las funciones que antes desempeñaban el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT), el Fondo de Co-financiación para la Inversión Rural (DRI) y el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INPA).

³³ El Decreto 1745 de 1995, que reglamentó la Ley 70 sobre el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras de las comunidades negras, estableció que no pueden ser adjudicados, entre otros, los bienes de uso público por lo que las titulaciones colectivas no los comprenden (art. 19).

de usurpar recursos de la nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente”³⁴;

- La Corte señaló también que la Constitución fija límites a la propiedad privada sobre algunos bienes, frente a los cuales “el ordenamiento puede establecer una reserva al dominio privado, pues la Carta establece que determinados bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables”³⁵. Por eso, aun cuando la Constitución garantice de manera genérica la propiedad privada, se entiende que ésta puede recaer sobre los recursos naturales renovables que no hayan sido sometidos a la reserva de dominio privado, establecida en el artículo 63 de la Constitución. Tal es el caso de los bienes de uso público, entre los que se encuentran las aguas en todos sus estados y formas. Incluso la función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general sobre el particular que impone la Constitución implica que “frente a determinados recursos naturales vitales, la apropiación privada puede en determinados casos llegar a ser inconstitucional”³⁶;
- Las aguas, humedales y demás bienes sobre los que trata el artículo 83 del CRNR, aun en territorios adjudicados colectivamente, mantienen su carácter de bienes de uso público. Es decir que no se reconoce propiedad privada colectiva sobre ellos, contrariamente a lo que puede ocurrir en el caso de otros recursos naturales renovables; y
- Entre las obligaciones que la legislación impone a los grupos étnicos en relación con los territorios adjudicados y frente al dominio sobre los recursos naturales renovables, se resalta la función ecológica de la propiedad, lo que implica que ese derecho de propiedad se encuentra sujeto a limitaciones. En este sentido, la Ley 160 de 1994 dispone que los programas de ampliación, reestructuración o saneamiento de los resguardos indígenas deben dirigirse a facilitar el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de estas comunidades, así como a la preservación del grupo étnico y al mejoramiento de su calidad de vida. El Decreto 2164 de 1995 consagra además que de acuerdo con tales usos, costumbres y cultura, los resguardos se sujetan a todas las disposiciones sobre protección de los recursos naturales renovables y del ambiente. Para las comunidades negras, la Ley 70 también dispone que la propiedad colectiva debe ser ejercida de conformidad con la función social y ecológica que le es inherente, por lo que los titulares deberán cumplir las obligaciones de protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y contribuir con las autoridades en su defensa. En consecuencia, el uso de los suelos debe tener en cuenta la fragilidad ecológica de la cuenca del Pacífico, por lo que los adjudicatarios deben desarrollar prácticas de conservación y mane-

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Este fallo se ha citado en varias sentencias posteriores de la Corte que se han referido al tema, como por ejemplo en la Sentencia T-955 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, que además añadió que “sin duda los recursos naturales que la Carta excluye de la propiedad colectiva de los grupos étnicos son los no renovables y los existentes en el subsuelo, cuya propiedad pertenece al Estado”.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁶ *Ibidem*.

jo compatibles con esas condiciones ecológicas, estimulando modelos apropiados de producción como agrosilvicultura, agroforestería y similares y sin estimular las prácticas ambientalmente insostenibles.

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, el régimen diferencial de propiedad sobre los recursos naturales renovables que se presenta en la legislación nacional (por ej., entre el suelo y bosque que admiten propiedad privada) y el sistema de dominio público de las aguas, resultan difíciles de conciliar con el concepto de territorio que tienen los grupos étnicos, reconocido por la jurisprudencia del país. Dicho concepto no concibe a los recursos naturales separados entre sí, ni como algo que puede diferenciarse del “territorio”, sino como un todo integrador y complejo que incluye elementos materiales pero también intangibles, mitológicos, simbólicos, religiosos y culturales, los cuales se funden indisolublemente³⁷.

Más allá de las áreas tituladas a las comunidades y de los territorios que éstos poseen, ocupan o utilizan de alguna forma, aquellas se identifican con un “territorio ancestral o tradicional” que “pertenece al campo del pensamiento indígena, a su llamado derecho consuetudinario y que constituye uno de los soportes de su cosmovisión”³⁸. La mayoría de las veces, éste no se corresponde con el titulado (que es mucho menor), ni con el poseído, presentándose un desfase entre ambas concepciones y diversos conflictos, en virtud de su colisión. En el territorio tradicional, la tierra y los recursos naturales cuentan con un especial valor cultural que remite al sitio de origen o residencia de los ancestros³⁹. También se puede identificar con la morada del principio creador y de seres sobrenaturales que muchas veces ejercen poder sobre la naturaleza⁴⁰.

³⁷ La Declaración de los Pueblos Indígenas sobre el Agua del Tercer Foro Mundial del Agua, Kyoto, Japón, 2003, manifiesta acerca de la relación de estos pueblos con el agua: “1. Nosotros, los pueblos indígenas de todas las partes del mundo, reunidos aquí, reafirmamos nuestra relación con la Madre Tierra y nuestra responsabilidad, ante las generaciones futuras, de levantar nuestras voces en solidaridad y proclamar la necesidad de proteger el agua. Nos han puesto en este mundo, a cada uno en su propia tierra y territorio tradicional sagrado, para cuidar toda la creación y el agua. (Cuando utilicemos los términos territorio, tierra y agua, incluimos toda la vida, como los bosques, praderas, la vida marina, el hábitat, los peces y otra biodiversidad). 2. Reconocemos, honramos y respetamos el agua como un elemento sagrado que sostiene toda la vida. Nuestros conocimientos, leyes y formas de vida tradicionales nos enseñan a ser responsables, cuidando este obsequio sagrado que conecta toda la vida. 3. La relación que tenemos con nuestras tierras, territorios y el agua constituye la base física, cultural y espiritual de nuestra existencia (...) Nos unimos para respetar e implementar nuestros conocimientos y leyes tradicionales; y ejercer nuestro derecho a la libre determinación para preservar el agua y la vida”.

³⁸ Sánchez, E., Roldán, R. y Sánchez, M. F., *Bases para la conformación de las entidades territoriales indígenas –ETIS–*, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 1992.

³⁹ Los autores citados mencionan, por ejemplo, que en el resguardo Predio Putumayo, en la Chorrera sobre el río Igará-Paraná, está localizado el agujero del cual surgieron los indígenas uitoto; por su parte, los wayuu conforman con las tumbas de los muertos un sistema de demarcación de las tierras de los clanes en los que se agrupan como comunidad. Muchos accidentes geográficos o puntos considerados sagrados delimitan esos territorios.

⁴⁰ Los mismos autores señalan cómo grupos del Amazonas consideran algunos rápidos de los ríos y charcos como la morada del dueño de los peces. Por su parte, Portela Guarín, en el libro *El pensamiento de las aguas de las montañas*, Popayán, ed. Universidad del Cauca, 2000, en el que se refiere al significado del agua en las culturas indígenas del Cauca (coconucos, guambianos, paeces, yanaconas), cita una voz guambiana (fragmen-

Esta dicotomía entre la concepción indígena acerca del territorio, que involucra el conjunto de recursos naturales, y la del derecho formal, que desvincula esos elementos sometiéndolos a definiciones y regímenes de propiedad diferentes, es una característica del derecho de América Latina. Gentes entiende que es necesario distinguir entre dos posturas: a) el reclamo del dominio indígena sobre todos los recursos naturales, que se sustenta en la existencia de derechos originarios anteriores a la formación de los Estados; y b) la posición que cree que es difícil en el corto plazo modificar el carácter de bien público de ciertos recursos, por lo que se enfoca en protegerlos, exigiendo condiciones especiales para el otorgamiento de derechos de uso y aprovechamiento a terceros no indígenas que solicitan explotarlos en sus territorios⁴¹. A su vez, esa segunda posición puede ser estricta (por ej., exclusividad de otorgamiento de derechos de uso en territorios colectivos sólo a éstos) o débil (por ej., reconocer derecho preferencial a los grupos étnicos)⁴².

2. Ecuador

Propiedad de la tierra y de los recursos naturales

Según lo dispuesto por el artículo 84 de la Constitución, el Estado debe reconocer y garantizar a los pueblos indígenas como derechos colectivos, entre otros, los siguientes: conservación de la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias (inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública); mantenimiento de la posesión ancestral de las tierras comunitarias y derecho de obtener su adjudicación gratuita conforme a la ley; participación en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras; ser consultados sobre los planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participación en los beneficios que esos proyectos reporten; indemnización por los perjuicios socio ambientales causados; conservación y promoción de sus prácticas de manejo de la biodiversidad y del entorno natural; conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad; y a no ser desplazados de sus tierras.

Una vez aprobado el texto constitucional, que consolida el carácter pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano y que reconoce la autoridad indígena, las primeras reacciones del sec-

to de tradición oral recogido en encuentros con esas comunidades) que reza: “Somos hijos del agua (...) cuentan que un hijo llamado el cacique Calambás vino del agua, vino de la laguna Piendamú, lo alcanzaron, lo sacaron y ese fue uno de los dirigentes, uno de los luchadores (...) nosotros decimos que somos hijos del agua porque él nos dirigió. Me parece que el mismo compañero Calambás se fue y se metió en un lago y desapareció”.

⁴¹ Esta última opción es la que se asume en Colombia. La Constitución dispone que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades” (parágrafo, art. 330). Esta previsión fue ampliada por la Ley 99 de 1993 a las comunidades negras, como se explicará más adelante.

⁴² Gentes, I., *Derecho al agua de los pueblos indígenas de América Latina*, en *El otro Derecho*, núm. 34: Movimiento sociales y luchas por el derecho humano al agua en América Latina, Bogotá, ILSA, 2006.

tor indígena estuvieron encauzadas hacia la articulación paulatina de estos preceptos con las políticas y regulaciones referidas a varios temas, entre ellos, la gestión y el acceso a los recursos hídricos. Sin embargo, tales expresiones fueron diluyéndose en el tiempo.

Las demandas de las comunidades indígenas en torno de la propiedad de sus tierras se tradujeron en el dictado de normativa sobre la propiedad del suelo o del agua. Sin embargo, no existe norma alguna que comprenda a ambos recursos en forma conjunta. A su vez, aún existe una contraposición elemental entre el concepto indígena de tierra –que abarca a todos los recursos: suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques y praderas– y el concepto jurídico, que desvincula otros elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares⁴³.

En el análisis realizado por el Proyecto Water Law and Indigenous Rights (WALIR) se refleja con claridad la realidad imperante en el Ecuador. Allí se observa que si bien el ordenamiento jurídico nacional produjo avances significativos que reconocen los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, el régimen jurídico de la propiedad del agua se mantiene inalterado, ya que se califica al agua como un bien nacional de uso público y por tanto inalienable, imprescriptible e inembargable. El sistema seguido por el Código Civil y la Ley de Aguas adopta este principio, dejando claramente estipulado que ningún particular puede apropiarse de las aguas, cualquiera sea su origen y condición. Los bienes públicos están fuera del comercio y por ende nadie puede adquirir sobre ellos derecho patrimonial alguno.

La noción indígena sobre los recursos naturales, en contraposición al régimen de dominio y propiedad del agua por parte del Estado, generó una dinámica de reflexión a lo largo de los últimos años. Las aspiraciones de los pueblos y nacionalidades indígenas en la actualidad se modificaron. En la década del 90, sus reclamos se orientaban hacia la obtención de un reconocimiento sobre el acceso comunitario preferente a su favor, al momento de la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas y la utilización de aguas sagradas. En la actualidad, en cambio, la población indígena y campesina busca un reconocimiento de su derecho a controlar y manejar los recursos naturales en su conjunto.

En los últimos años, a través de una estrategia paulatina, ordenada y bastante bien planificada, el movimiento indígena reivindicó el reconocimiento de los principios de soberanía y de “ancestralidad”, entendidos como la “consagración de una continuidad histórica de los pueblos indígenas y afroecuatorianos diferentes de otros grupos humanos por su cosmovisión, cultura, costumbres, instituciones económicas, socio organizativas, jurídicas, políticas y administrativas”⁴⁴.

Estos principios ya fueron incorporados a la Constitución Política vigente (1998), pero de acuerdo con la percepción de las comunidades indígenas y campesinas, aún persisten las dificultades.

⁴³ *Derecho de agua y derecho indígena. Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los países andinos*, documento conceptual, Walir, 2002.

⁴⁴ Concepto incluido en el Proyecto de Ley de Biodiversidad propuesto por la Confederación de Nacionalidades Indígenas.

des para que se efectúe un reconocimiento efectivo. Por tal razón, el tema de la defensa de los derechos sobre la tierra y sus recursos forma parte de las exigencias básicas del movimiento indígena.

Manejo de los recursos naturales

El indígena desarrolló sus conocimientos y valores basándose en la concepción cósmica y natural. El primer principio que practicó fue el respeto hombre-naturaleza y hombre-hombre, dando origen a los principios sociológicos de unidad en la diversidad (*tukuylla tantanakuna*); reciprocidad en la necesidad (*tukuylla yanaparina*); solidaridad en la adversidad (*tukuylla maki-puraina*) y valores morales del ama (*llulla, ama killa, ama shua*). La práctica social de este sistema de vida permitió armonizar la vida comunitaria, el desarrollo de valores sociales, culturales y precientíficos y conservar su identidad cultural como persona y pueblo⁴⁵. La cosmovisión indígena de los recursos naturales está fundamentada en la relación entre el ser humano y la naturaleza, el apego a la vida y la solidaridad vital, que traspasan todo límite. La relación de todas las formas de vida parece ser el sustento de las creencias y de la vida religiosa de estos pueblos, en cuyo pensamiento la naturaleza se convierte en una gran sociedad en la que el hombre no ocupa un lugar destacado, y donde la vida posee “la misma dignidad religiosa en sus formas más humildes y más elevadas. Los hombres y los animales, los animales y las plantas se hallan en el mismo nivel”⁴⁶.

Para los indígenas, el agua es sagrada y purificadora y constituye el hilo de la vida en Allpamama (madre tierra). De la misma manera que la savia de las plantas y la sangre de los animales y del ser humano, el agua es considerada un líquido vital. La fertilidad y fecundidad de la tierra están ligadas al agua, motivo por el cual los pueblos indígenas construyeron una geografía sagrada, establecida en la relación entre cerros lagunas, tolas y asentamientos. Es el principal elemento bioenergético y no es sólo para consumo interno del organismo, sino que posee un valor energético en el nivel externo. Tal es así que los grandes amautas descubrieron cómo aprovechar las cascadas, vertientes, lagos y ríos para armonizar su vida espiritual.

La presencia de asentamientos humanos sobre el actual territorio ecuatoriano se remonta aproximadamente de 20.000 a 30.000 años. Existen evidencias acerca de los esfuerzos realizados por los indígenas para acercarse a la naturaleza y obtener de ella los medios necesarios para su subsistencia. El hombre aborígen mantuvo una especial relación con su entorno natural, sacralizado a través de mitos y leyendas. Sin embargo, cuando se encontraba desarrollando complejas organizaciones sociales, la conquista europea interrumpió su proceso evolutivo.

Si bien las comunidades indígenas mantuvieron de alguna forma la cosmovisión mencionada, recién durante los años 90 con el advenimiento de la celebración de los quinientos años de la conquista, inician un proceso de recuperación y socialización de esa cosmovisión. A partir de

⁴⁵ Tocagón, Luis Fernando, *Pensamiento de las nacionalidades indígenas del Ecuador*, documento sin fecha.

⁴⁶ Cassirer, 1975.

entonces se cuestionó en mayor grado el hecho de que la propiedad y el manejo de los recursos naturales estén íntimamente ligados a la propiedad de la “tierra”, pues el ordenamiento jurídico no otorga derechos sobre el subsuelo del predio, ni sobre las aguas (subterráneas), riberas o especies que en ella residen.

Respecto del tema del agua surgieron iniciativas de las organizaciones indígenas, encaminadas a buscar el reconocimiento del derecho a la utilización de las aguas sagradas, que se vieron reflejadas en el Anteproyecto de Ley de Aguas elaborado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). Tales pretensiones generaron reacciones diversas: algunos afirmaban que los indígenas querían apropiarse de estos sitios que por su naturaleza jurídica son del Estado. Otros interpretaban favorablemente la necesidad de que los pueblos indios, campesinos y afroecuatorianos fueran respetados en su cosmovisión y estaban de acuerdo en otorgarles la prioridad para la concesión de las aguas sagradas, alegando que éstas poseen más bien una naturaleza “cultural”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la propia CONAIE impulsó, en el año 2004, la elaboración del Anteproyecto de Ley de Biodiversidad⁴⁷, como una respuesta al Proyecto de Ley de Biodiversidad promovido por el Ministerio del Ambiente⁴⁸, el cual en su opinión tenía contenido neoliberal⁴⁹ y pretendía establecer reglas para legalizar el saqueo y el reparto de las riquezas naturales tales como el agua, la biodiversidad y los conocimientos asociados a ésta. En el mencionado anteproyecto fueron reconocidos los derechos del Estado, de las nacionalidades y de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades locales sobre su biodiversidad, cuyos componentes constituyen bienes nacionales de uso público. Los páramos son valorados como fuentes de agua y considerados bajo una lógica de manejo integral como territorios comunitarios⁵⁰.

⁴⁷ Ley de Biodiversidad, CONAIE, Hivos, Ibis, DED, Entre Pueblos, Ayuntamiento de Alicante, 2004.

⁴⁸ El proceso de discusión del Proyecto de Ley de Biodiversidad duró aproximadamente cuatro años y contó con la participación de un sinnúmero de actores a nivel nacional. En este aspecto, el movimiento indígena ha cuestionado la participación de ONGs internacionales en el proceso de discusión.

El Proyecto de Ley fue discutido en primer debate en el Congreso Nacional en el mes de noviembre del 2002, sin embargo por las condiciones políticas y sociales actuales parecería que la discusión en segundo debate ya no se realizará.

⁴⁹ En los antecedentes de la propuesta de Ley de Biodiversidad de la CONAIE se incluyen comentarios respecto de la propuesta de ley impulsada por el Ministerio del Ambiente al mencionar que ésta responde en su contenido a demandas de globalización, mercado neoliberal y tendencias científico-tecnológicas manejadas por corporaciones transnacionales que requieren marcos legales supranacionales, tribunales de arbitraje “sin rostro”, estados nacionales debilitados “administradores de los Tratados de Libre Comercio”, leyes nacionales que no contradigan sus intereses para el libre acceso de la naturaleza y la vida.

⁵⁰ Se fundamenta en principios de soberanía, ancestralidad (entendida como la consagración de la continuidad histórica de los pueblos indígenas y afroecuatorianos diferenciados de otros grupos humanos por su cosmovisión, cultura, costumbres, instituciones económicas, socio organizativas, jurídicas, políticas y administrativas, sean parciales o totales, que les permite el fortalecimiento de sus propias identidades. Sobre esta base se consolida el derecho adquirido a la tenencia y posesión de la tierra), objeción cultural (derecho a que las comunidades locales, pueblos indígenas y afroecuatorianos se opongan al acceso a sus recursos, tierra y/o territorio y al conocimiento asociado por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole), precaución, diversidad cultural, sustentabilidad, manejo integral de la biodiversidad, equidad económica y social,

En forma paralela, el ex presidente Lucio Gutiérrez, en el afán de retomar el acercamiento que años antes lo llevó a ser presidente, presentó ante el Congreso Nacional el Anteproyecto de Ley de Circunscripciones Territoriales Indígenas. El mismo apuntaba a consagrar el carácter pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano, y reconocía a las circunscripciones territoriales indígenas el carácter de gobierno seccional autónomo, con competencias para el manejo y conservación de los recursos naturales renovables y de las microcuencas y servicios ambientales. Esta propuesta de ley fue retirada en forma reciente del Congreso Nacional, debido probablemente a la escasa viabilidad de su tramitación en el corto plazo.

3. Guatemala

Propiedad de la tierra y de los recursos naturales

La Constitución⁵¹ contempla la asignación de tierras a las comunidades indígenas, e impone un mandato al Estado en cuanto a su concreción. En el artículo 68 dispone que “el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo”.

Las comunidades indígenas y locales poseen tierras de propiedad comunal, cuyos títulos de propiedad fueron otorgados en diversos períodos históricos del país. Sin embargo, la legislación no reconoce específicamente este tipo de propiedad (comunal). Los sinónimos utilizados por las comunidades para referirse a éste son diversos: propiedad colectiva, astillero municipal, ejido municipal, parcialidades, tierras comunales y tierras colectivas.

Esas tierras están ubicadas en áreas que abarcan importantes bosques comunales, que son administrados en forma íntegra por los titulares del derecho o sus descendientes. Los títulos contienen prohibiciones expresas y no pueden ser parcelados. De allí surge la importancia del aporte que hacen las comunidades indígenas y locales a la protección de los recursos naturales, además de constituir un claro ejemplo de desarrollo del poder local. Entre los casos relevantes en materia de buen uso de bosques comunales pueden mencionarse el de la Alcaldía de los 48 cantones de Totonicapán y la Asociación Ulew Che Ja, y el de San Vicente Buenabaj en Momostenango, que también corresponde a la jurisdicción de Totonicapán, en Guatemala.

La relación que tienen de las comunidades indígenas –acepción utilizada por la norma constitucional para referirse al pueblo maya, garífuna y xinca– con la propiedad de los recursos naturales y de las aguas en particular, no difiere de aquella que tienen todos los guatemaltecos, ya que aquellos son bienes de dominio público y por ende de propiedad estatal⁵². Su gestión está

sitios rituales y sagrados (según la propuesta de ley se pretende consagrar el derecho de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades locales a manejar territorialmente los sitios sagrados y rituales entendidos como aquellos donde se manifiestan sus prácticas culturales, espirituales, ceremoniales, rituales y religiosas, o los ecosistemas donde conservan sus plantas y animales sagrados y/o vinculados a su ritualidad, espiritualidad o prácticas religiosas).

⁵¹ Constitución Política reformada por Acuerdo Legislativo 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

⁵² Ver arts. 121 y 122 de la Constitución.

orientada a incorporar una visión de conjunto. El Estado, mediante sus tres organismos –ejecutivo, legislativo y judicial–, junto con los gobiernos locales y con el apoyo de los habitantes del territorio nacional, debe promover un desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y que mantenga el equilibrio ecológico. Los derechos de uso para el aprovechamiento de la fauna, flora, tierra y agua están sujetos al uso racional a fin de evitar su depredación.

Manejo de los recursos naturales

La Constitución Política⁵³ no asigna un rol específico a las comunidades indígenas, en los artículos referidos a la protección ambiental y Al uso racional de los recursos naturales, sino que lo extiende a todos los habitantes del territorio nacional.

La agenda pública del país, en materia de recursos hídricos, incluye la valoración de la contribución de los pueblos indígenas en la protección de los recursos naturales, y particularmente de los recursos hídricos y su promoción, bajo la óptica de la pertinencia cultural. “Por eso cuando se brindan servicios con pertinencia cultural se debe apuntar a reproducir y reforzar los valores de la cosmovisión que se practican o a recuperar aquellos que por razones sociales, políticas, económicas o históricas, dejaron de practicarse o no se han alcanzado (ej. Principio de equilibrio entre lo femenino y lo masculino en la cosmovisión maya)”⁵⁴.

El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN), en su carácter de ente rector en materia ambiental, impulsó en el año 2003 un instrumento de política que quedó plasmado en el Acuerdo Gubernativo 791-2003, emitido por la Presidencia de la República⁵⁵, que refiere a la Política Marco de Gestión Ambiental. El mismo constituye un marco de referencia, al servicio del Estado, para orientar su accionar en programas, planes y proyectos que promuevan bajo la óptica del desarrollo sostenible la calidad ambiental y la sostenibilidad de la biodiversidad y de los recursos naturales. Este instrumento contiene, dentro de sus principios rectores al respecto, a la interculturalidad y multiculturalidad, y reconoce las concepciones cosmogónicas de las diversas culturas que habitan el país y su enfoque respecto a la relación entre la sociedad y la naturaleza. También reconoce la importancia de impulsar estrategias integrales que incorporen la tenencia de la tierra, el uso de los recursos naturales renovables y de sistemas y mecanismos de crédito, procesamiento y comercialización, que orienten una producción a partir del manejo sostenible de los recursos naturales, con base en los alcances del Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria.

⁵³ Constitución Política de la República de Guatemala, 31 de mayo de 1985 y vigente desde 1986. Reformada por Acuerdo Legislativo 18-93.

⁵⁴ Secretaría de la Paz, SEPAZ, Embajadora de Buena Voluntad de los Acuerdos de Paz. Agenda Pública hacia los Pueblos Indígenas en el Marco de los Acuerdos de Paz 2005-2012. Proyecto PNUD GUA/04/032, ASDI. Guatemala, 2005.

⁵⁵ Acuerdo de fecha 8/12/2003 y publicado en p. 3, N° 13, Tomo 273 del 10/12/2003 del Diario de Centroamérica.

El Decreto 90-2000⁵⁶, que creó el MARN a través de reformas que se introdujeron a la Ley del Organismo Ejecutivo⁵⁷, incluyó dentro de sus funciones la incorporación y promoción de la participación de las comunidades indígenas y locales, en el aprovechamiento y manejo sostenible de los recursos naturales. La Dirección General de Políticas y Estrategias Ambientales posee dentro de sus atribuciones, prestar atención a la problemática de los pueblos mayas, xinca y garífuna, y promover los valores, prácticas y costumbres existentes en dichos pueblos, en cuanto a la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

El MARN creó una Unidad de Pueblos Indígenas, cuyo propósito es incorporar las prácticas indígenas dentro de la gestión ambiental gubernamental, que no tuvo aún el apoyo financiero suficiente para su puesta en funcionamiento. A su vez, este organismo promovió el establecimiento del Consejo Nacional de Ambiente y Recursos Naturales, que incluye a un amplio número de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, al sector privado y a la sociedad civil, entre los que figuran representantes de las comunidades indígenas. En opinión de las organizaciones mayas, la falta de una política ministerial que le diera una mayor participación e impulso a este Consejo, hizo que se volviera inoperante⁵⁸.

La Ley de Áreas Protegidas incorpora, dentro de los planes maestros y los operativos anuales, la dimensión multicultural y multiétnica. El Consejo Nacional de Áreas Protegidas (CONAP) creó una Unidad de Pueblos Indígenas para implementar las políticas relacionadas con la protección jurídica de áreas, acorde con los usos y costumbres ancestrales de las comunidades indígenas. A su vez, se creó un Consejo Asesor para la Unidad de Pueblos Indígenas, que funciona como ente mediador entre el CONAP, en representación del Estado y los pueblos indígenas⁵⁹, y orienta el accionar de la Unidad y la incorporación de la visión cosmogónica de los pueblos maya, garífuna y xinca, en la gestión de las áreas protegidas y de la biodiversidad.

4. Paraguay

Propiedad de la tierra⁶⁰ y de los recursos naturales

El lazo que existe para los indígenas entre los elementos tierra, cultura, ambiente y vida es reconocido por el artículo 64 de la Constitución, que establece que “los pueblos indígenas tienen

⁵⁶ Decreto del Congreso de la República sancionado el 8/12/2000 y publicado en ps. 1-3 del N° 54, Tomo 265 del 11/12/2000 y sus reformas, Expediente N° 3-2001 y 12-2001 publicado en ps. 4-8 del N° 66, Tomo 266 del 23/05/2001, Decreto 91-2000 del N° 61, Tomo 265 del 20/12/2000 del Diario de Centroamérica.

⁵⁷ Decreto 114-97 del Congreso de la República.

⁵⁸ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. Cumplimiento del Convenio 169 en Guatemala. Tercer Informe. Rutanik ri Iximulew. Diakonia. Guatemala, 2004.

⁵⁹ El Consejo Asesor está conformado por un titular y un suplente de diversas organizaciones que impulsan la defensa de los derechos de los pueblos indígenas: Defensoría Indígena, Defensoría Maya, Defensoría de la Mujer Indígena, el Centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala, CALAS, el Plan de Acción Forestal Maya, PAFMAYA, CONIC, CENOC, etcétera.

⁶⁰ El análisis es una versión remozada del efectuado por el Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA), en la obra *Mejoramiento del marco legal ambiental del Paraguay* (Abed, Sheila Raquel, Varela del Solar, Jorge, San-

derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y desarrollo de sus formas peculiares de vida”. Dentro de esas “formas peculiares de vida”, lo *colectivo* desempeña un rol fundamental. La comunidad es el punto de referencia a partir del cual los indígenas se relacionan con el mundo. La comunidad es *su* mundo.

La tierra pertenece a la comunidad y nadie tiene un derecho exclusivo sobre ella. La comunidad otorga los derechos de uso y goce sobre las parcelas que cada familia necesita para satisfacer sus necesidades de vivienda o de alimentación (entre las que se incluye el agua). Por sobre todas las cosas, la tierra es una parte inseparable de la espiritualidad de la comunidad, que inspira a las instituciones de cada pueblo o comunidad. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT establece que “al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, 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 u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (art. 13.1).

Siguiendo esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo, en su decisión de 2001, que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Considerando 149 del voto de la mayoría)⁶¹.

En Paraguay, el acceso de los indígenas a la titularidad de la tierra está regulado en forma genérica por la Ley 904/81. Allí se fija como uno de sus objetivos “[el] acceso a un régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos”. De esta manera regula los procedimientos de acceso a la tierra que atiendan “en lo posible a la posesión actual o tradicional”, ya sea que aquella se encuentre en manos públicas o privadas. En el primero de los casos prevé el traspaso gratuito de las tierras y en el segundo, la compra a los propietarios actuales o su expropiación.

tagada, Ezequiel Francisco y colaboradores, IDEA-USAID, Asunción, Paraguay, 2003), que hizo un análisis crítico de la normativa jurídica paraguaya en materia indígena. Allí se plantearon líneas argumentativas inéditas en el ámbito local y se presentaron conclusiones que más tarde coincidieron, en lo sustancial, con la decisión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó el 17 de junio de 2005 en el caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Para el desarrollo de las normas legales internas preexistentes, se contó con la colaboración de Ezequiel F. Santagada, coordinador del Departamento Jurídico del Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA).

⁶¹ Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni – Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, N° 79. Corte IDH, www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_79_esp.doc.

En el año 1988, a través de la Ley 1372, se intentó regularizar la situación territorial de once comunidades afincadas en otras tantas propiedades privadas, y se declaró a estas tierras “de interés social y sujetas a expropiación” (art. 1). Al año siguiente, mediante la Ley 43, se incluyó en las disposiciones de la Ley 1372 a todas las solicitudes de tierras efectuadas por las comunidades indígenas ante el Instituto de Bienestar Rural (IBR)⁶², que cumplieran con los requisitos de presentación que se habían fijado en el artículo 7 de la Ley 1372. De tal manera, las comunidades que estuvieran asentadas sobre tierras fiscales obtendrían su título en forma gratuita e indivisible de manos del Estado. Las que estuvieran asentadas sobre tierras privadas, deberían esperar hasta la culminación de las negociaciones de compra o la expropiación. Respecto de esta última situación, la declaratoria legal se operó con la misma promulgación de la ley.

En el plano teórico, el sistema de acceso de las comunidades indígenas a la propiedad resulta satisfactorio. Una vez que se establece la posesión tradicional o habitual de una comunidad indígena en un territorio (art. 14, Ley 904/81), se inicia un procedimiento de reconocimiento de los derechos de propiedad indígena, que llega al extremo de propiciar la expropiación de las tierras que se encuentran bajo el dominio de particulares. Este sistema conjuga perfectamente en la teoría los derechos de propiedad⁶³ indígena, con los derechos de propiedad de los privados que adquirieron sus tierras conforme con las estipulaciones de la legislación civil del Estado paraguayo.

Por su parte, el artículo 62 de la Constitución establece: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguayo”. El Estado paraguayo reconoce así, que es una institución formada y organizada en un territorio previamente ocupado, pero no se limita a eso, sino que además considera la existencia de los indígenas como *grupos de culturas*. De esta forma reconoce implícitamente su sistema jurídico y las relaciones y derechos que emanan del mismo. Ello nos permite concluir que el Estado paraguayo tiene en cuenta los derechos de propiedad de los indígenas, no ya como derivación de su propia organización institucional, sino en forma autónoma⁶⁴.

La previsión del artículo 64, que establece que “el Estado les proveerá gratuitamente de esas tierras”, debería ser entendida como la obligación ineludible que el Estado debe asumir respec-

⁶² Actualmente, el Instituto de Bienestar Rural se ha transformado en el Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT) (Ley 2419/04). Este Instituto es el titular de todas las tierras del dominio privado del Estado paraguayo y tiene a su cargo llevar adelante la reforma agraria prevista en el Estatuto Agrario (en la actualidad, Ley 1863/01).

⁶³ Uno de los puntos más relevantes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2001 se refiere al reconocimiento o “traducción” del sistema jurídico indígena a los estándares del derecho occidental. La Corte estableció: “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser especialmente tenido en cuenta para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (Considerando 151).

⁶⁴ En derecho comparado, existe el precedente de fecha 3 de junio de 1992 “Mabo and others vs. Queensland (2)” de la High Court of Australia (175 CLR 1 F.C. 92/0149), en donde expresamente se reconoció que los derechos aborígenes tradicionales y costumbres definen el significado del título nativo.

to de los indígenas, por haber creado un estado sobre otros estados y haber establecido un sistema jurídico por sobre otros. Esta yuxtaposición de derechos de propiedad sobre las mismas tierras requiere un delicado sistema de composición de intereses, ya que ambas partes cuentan con argumentos de peso para defenderlos. A grandes rasgos, la solución dada por la Ley 904/81 sería adecuada, ya que si bien no pervive un “derecho real de dominio indígena” con los mismos caracteres con que existía antes de la Conquista de América, sí se reconocen algunos efectos jurídicos a los hechos generadores de derechos según la cultura indígena. Estos efectos jurídicos están amparados por la garantía de inviolabilidad de la propiedad, reconocida en la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos que el Paraguay ratificó⁶⁵.

La ley mencionada anteriormente no considera la dimensión espiritual y simbólica que la tierra tiene para los indígenas y se refiere a ella sólo como un recurso productivo más (en el art. 1 se hace referencia a “la propiedad de la tierra y otros recursos productivos”). En la Ley 1372/88, se asigna una determinada cantidad de hectáreas por familia indígena, sin que se perciba cuál es el grado de relación de ese número de hectáreas con las formas tradicionales de vida de las comunidades involucradas. Tampoco se da una solución a la problemática de los pueblos nómades, ya que no se establece criterio alguno que resuelva sus necesidades. La referencia (art. 115) que el nuevo Estatuto Agrario promulgado por Ley 1863/01 hace al Convenio 169 de la OIT es insuficiente, ya que éste no es un convenio plenamente operativo en todos sus aspectos, debido a que sólo establece los derechos que cada uno de los Estados parte, que deberá ser reglamentado, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional.

La Ley 1863/01, si bien es complementaria del Estatuto de las Comunidades Indígenas (Ley 904/81), constituye una de las pocas disposiciones concretas que se refieren a derechos de los indígenas (art. 40). Ésta establece que el IBR (actualmente, INDERT) titulará las tierras que formalmente estén bajo su patrimonio en forma indivisa y gratuita, conforme a las prescripciones de la Ley 904/81. Esta última a su vez señala que las solicitudes de tierras deben hacerse ante el IBR (INDERT) por intermedio del Instituto Paraguayo del Indígena. Sin embargo, cuando la Ley 1863/01 otorga la calidad de beneficiarios de la ley a las comunidades indígenas, lo hace supeditado a la reglamentación que dicte el IBR (art. 17, inc. d) que a la fecha aún no existe.

Si bien es auspicioso que el Estado paraguayo reconozca que el derecho de propiedad indígena de origen consuetudinario es generador de consecuencias jurídicas, el presupuesto de ese reconocimiento –la “posesión tradicional y habitual”– puede derivar en las más variadas interpretaciones⁶⁶.

⁶⁵ Recientemente, en la República Argentina, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5 de la ciudad de Bariloche, provincia de Río Negro, en una sentencia dictada el 12 de agosto de 2004, reconoce que por mandato operativo de la Constitución argentina (casi idéntica a la paraguaya en este punto), toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria, anterior a la preexistencia del Estado argentino, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

⁶⁶ La imprecisión y elasticidad del término permitió que el Tribunal de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Criminal, Correccional y del Menor de Concepción, por Auto Interlocutorio número 78 de fecha 9 de junio de 1998, en el expediente caratulado “Comunidad Indígena Yake Axa del pueblo Enxet-Lengua”, haya decidido que

La falta de precisión en cuanto al requisito necesario para el reconocimiento del derecho de propiedad indígena es incompatible con las estipulaciones del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza a todo ciudadano un recurso sencillo, rápido y efectivo que avale sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la convención.

Según lo establecido en el considerando 135 de la Decisión de 2001, con sustento en los precedentes de los casos “Villagrán Morales y otros”, “Ivcher Bronstein” y “Cantoral Benavides”, los Estados tienen “la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”. El diseño de un recurso sencillo para el acceso a la tierra por parte de los indígenas parece no ser el adecuado, desde el momento en que los mismos tribunales de justicia locales –más allá de verter algunas consideraciones excesivas e incompatibles con su deber de impartir justicia en forma imparcial– reclaman al legislador mayor precisión conceptual en la legislación que lo contiene⁶⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Yakye Axa” (sobre el cual el Tribunal de Apelaciones de Concepción intervino en la sentencia citada de 1998) falla diciendo que “el Estado violó los derechos a las Garantías Judiciales y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Indígena Yakye Axa” (punto 1 de la parte resolutive). “El Estado deberá adoptar en su derecho interno, un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarios para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas” (punto 10 de la parte resolutive).

El Estado paraguayo aún no cumplió con su obligación de adoptar las medidas legislativas o administrativas que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho de propiedad

“para conceder derechos comunitarios que involucren a una extensión tan importante de propiedad privada, se necesitan argumentos de mayor peso y envergadura”; a su vez, se indica que se necesita una “mayor precisión cronológica en la prueba de la existencia de núcleos poblacionales y que los mismos sean representativos y no meros desprendimientos de poca o mínima trascendencia”; también, que un asentamiento indígena que pretenda proyectar consecuencias jurídicas en los términos de las leyes de acceso a la tierra “debe comprender una población efectiva de considerable conformación y desarrollo y no obedecer (...) a una pretensión determinada y materializada con posterioridad al trámite inicial planteado en las esferas administrativas”; para finalizar, se aclara que “no descre[en] con ello en las bondades de la legislación, mas en el desempeño de [sus] funciones específicas [hallan] que *la ambigüedad de los términos legislativos*, no pueden sobreponerse a su espíritu de particular tendencia hacia una determinada clase de ciudadano, por el sólo hecho de hallarse sumido en la orfandad cultural y económica”.

⁶⁷ Esto, además, ha dado lugar a numerosas presentaciones de comunidades indígenas locales, especialmente del pueblo enxet, ante la Comisión Americana de Derechos Humanos. Así, ellos han logrado, en algunos casos, arreglos sobre su situación particular con el Estado paraguayo (ver, por ej., Informe N° 90/99, Caso 11.713, “Comunidades Indígenas ENXET-LAMENXAY y KAYLEYPHAPOPYET - RIACHITO-PARAGUAY”, 29 de septiembre de 1999), pero que por sí mismas constituyen un claro indicador de la ineficacia de los procedimientos internos para dar solución a sus problemas, ya que el Procedimiento Interamericano es una vía excepcionalísima de resolución de controversias.

de los pueblos indígenas. Ello constituye una manifestación más de la ausencia de políticas públicas encaminadas a solucionar la problemática de los pueblos indígenas que aún habitan en el Paraguay. El efectivo goce del derecho de propiedad de los pueblos indígenas requiere además de una mayor precisión legislativa. Uno de los mecanismos que serían necesarios para hacerlo efectivo es el procedimiento de la expropiación, cuando sobre las tierras indígenas existieran derechos de particulares, otorgados conforme con la legislación común del Estado paraguayo.

Un ejemplo que refleja la necesidad de aplicar aquel mecanismo para hacer efectivo el goce del derecho de habitar sus tierras es el de los miembros de la comunidad yakye axa. Éstos aún no accedieron a sus tierras tradicionales, debido a que el gobierno paraguayo, a través de los poderes legislativo y ejecutivo, no procedió a la expropiación de esas tierras por carecer de políticas públicas orientadas a solucionar la problemática indígena y no por la falta de procedimientos jurídicos adecuados.

Manejo de los recursos naturales

El vínculo estrecho que poseen los indígenas con el medio en el que viven hace que la relación entre el ambiente sano y equilibrado (art. 7 de la Constitución) y la vida (art. 4 de la Constitución) se manifieste para ellos con mayor énfasis. Esto se extiende a la utilización de los recursos naturales, ya que la relación hombre-tierra no se circunscribe solamente a la superficie en abstracto, sino también a los recursos naturales que contiene (biodiversidad en sentido amplio) y a los recursos naturales subterráneos.

Por esta razón, el Convenio 169 de la OIT establece que “los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (art. 7.3) y prevé que “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” (art. 15.2).

Aquel fue el fundamento por el cual la Corte ordenó al Estado nicaragüense que se abstuviera “de realizar, hasta tanto no se efectúe [la] delimitación, demarcación y titulación [de la tierra que reclama la comunidad mayagna de Awas Tingni], actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad” (punto 4 de la parte resolutive).

En el caso del Paraguay no existe normativa que refleje en forma expresa este derecho de los indígenas sobre los recursos naturales vinculados con sus tierras tradicionales. Sin embargo,

tanto el Convenio 169 –a partir de su incorporación al ordenamiento positivo nacional– como el precedente de la Corte Interamericana –que expresó el sentido que debe dársele a los derechos indígenas– permiten concluir que el vínculo vida-tierra es comprensivo del vínculo vida-recursos naturales.

Los pueblos indígenas nómades también tienen derecho a las tierras por las que tradicionalmente se desplazaron. Al respecto, el Convenio 169 prevé que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes” (art. 14.1).

Este punto está contemplado de alguna manera por la Ley 904/81 (Estatuto de las Comunidades Indígenas), en el artículo 9, inciso b. Allí se establece que uno de los requisitos que debe contener la solicitud de personería jurídica de una comunidad indígena es “la ubicación geográfica de la comunidad si ella es permanente, o de los sitios frecuentados por la misma, cuando no lo fuere”. Sin embargo, esta ley no contiene otra regulación sobre este punto específico, lo cual resulta problemático, ya que en el Paraguay hay varios pueblos nómades y este vacío complica la aplicación y el reconocimiento concreto de sus derechos a sus tierras tradicionales.

3

Estudios de caso

A continuación se exponen los estudios de caso que reflejan las principales prácticas tradicionales y ancestrales en la gestión y el manejo de los recursos hídricos de las comunidades, en cada uno de los países objeto de análisis en el presente trabajo.

1. Colombia

Estudio de caso N° 1

Para documentar el primer caso se entrevistó a Danilo Villafañe del pueblo arhuaco (también llamado ika) y a Juan Mamatacán del pueblo kogui. Ambos habitan en la Sierra Nevada de Santa Marta, área que comparten con otros dos grupos étnicos: los wiwas (también llamados arsaños) y los kankuamos⁶⁸.

La Sierra Nevada de Santa Marta, que integra la región del Caribe colombiano, es un macizo separado de los Andes, de forma piramidal y base triangular, que se ubica entre los departamentos de Magdalena, Cesar y La Guajira, con picos nevados que llegan a los 5.775 msnm y se extiende hasta el mar. Allí se origina un sistema hidrográfico con treinta ríos principales, que abastecen los asentamientos del macizo, incluyendo las capitales de los tres departamentos citados. Los cuatro grupos indígenas de la sierra tienen una población aproximada de 32.000 personas.

Entre los problemas identificados en la Sierra Nevada se encuentran el movimiento de población hacia el interior y las migraciones generadas por la expansión del conflicto armado que afecta la zona con presencia de grupos paramilitares y guerrilleros, que utilizan los resguardos como zonas de refugio. El desplazamiento es un tema crítico para el grupo kankuamo, que se mueve desde el río Guatapurí a Valledupar; para los indígenas wiwa de Potrerito, que se desplazan a San Juan y Valledupar; y para los arhuacos del río Fundación, que lo hacen hacia la cuenca del río Ariguani⁶⁹.

⁶⁸ La Corte Constitucional, en Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes, señaló: “El grupo indígena kankuamo (kankuama, atanqueros), asentado en la población de Atánquez, en el departamento del Cesar, no ha sido considerado por la literatura etnográfica canónica como un pueblo indígena *stricto sensu*, en razón del proceso de aculturación, mestizaje y pérdida del idioma que se produjo entre sus gentes desde el siglo pasado, aun cuando se encuentran dentro de un proceso de recuperación de su territorio y de sus raíces culturales indígenas”.

⁶⁹ Arango Ochoa y Sánchez, ob. cit.

Si bien se encuentran en curso procesos para la recuperación de la zona, aún existen allí cultivos ilícitos, lo que sumado a las prácticas agropecuarias inadecuadas que se aplican en áreas vecinas a los resguardos contribuyen a la deforestación, el deterioro de los suelos y a la pérdida de los recursos biológicos.

El territorio de los indígenas de la Sierra Nevada es considerado sagrado y está delimitado ancestralmente por la “línea negra”, que los separa de los hermanos menores (los que están por fuera del territorio tradicional). “Cada piedra, fuente de agua o cerro tiene un nombre y una función de la que dan cuenta las historias tradicionales que narra el mamo, su dirigente espiritual.” Existen visiones encontradas entre los grupos étnicos y el Estado acerca de la conservación y el desarrollo de la zona. Tampoco se logró aún la salida al mar de los indígenas, ya que para ello es necesario comprar predios a los colonos que habitan esas áreas. Si bien se creó un Consejo Territorial integrado por los cabildos gobernadores de los cuatro grupos étnicos de la sierra, todavía existen problemas de unidad y cohesión en su interior.

Ulloa señala que las prácticas ecológicas de los pueblos de la sierra son el “resultado de actividades espirituales que integran sus conocimientos de las interacciones ecológicas, la historia natural de las especies, los componentes abióticos (clima, suelos) y la astronomía, entre otros. La perspectiva espiritual de los pueblos indígenas promueve el uso de los recursos, de acuerdo con las condiciones ecológicas y distribuyendo la presión entre recursos, hábitats y áreas geográficas”⁷⁰. La autora menciona que la visión de interacción con la naturaleza de estos pueblos se refleja en la consideración del territorio de la sierra como un todo, demarcado por la línea negra desde las partes altas a las bajas, y en la interacción entre los distintos niveles altitudinales y los elementos naturales y espirituales del territorio. Tales prácticas no pueden separarse del plano cultural y espiritual, sino que son su resultado. Entre las prácticas ecológicas de los pueblos de la sierra se destacan las siguientes: distribución de linajes y de manejo por cuencas, que implica el cuidado de la cuenca en su totalidad; establecimiento de lugares sagrados que coinciden con sitios como las lagunas de los páramos; y manejo de suelos y pendientes que aprovechan la lluvia sin deterioro del suelo.

Comunidad arhuaco

Danilo Villafañe, el entrevistado, explicó que cada uno de los grupos étnicos de la Sierra Nevada tiene cuatro linajes, cada uno de los cuales tiene un sitio sagrado principal que se corresponde con el sitio de gobierno. Allí se encuentra el mamo principal, y ese sitio coincide con las cabeceras de los ríos. Cuenca abajo están ubicadas las poblaciones secundarias dirigidas por mamos secundarios. Existe un mamo por cada cuenca, encargado de los picos nevados hasta el mar o hasta su desembocadura a un río principal. El mamo es la autoridad, el juez espiritual,

⁷⁰ Ulloa, A., *La construcción del nativo ecológico. Complejidades, paradojas y dilemas de la relación entre los movimientos indígenas y el ambientalismo en Colombia*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), Bogotá, Colciencias, 2004.

el guía y el orientador del grupo. Posee el poder político, judicial, espiritual y económico⁷¹. El gobernador indígena es una autoridad que actúa como canal de comunicación con el Estado, tiene la representación legal y es el vocero para tratar temas legales y de comunicación con el gobierno, pero no sustituye al mamo en los temas que se suscitan dentro del territorio.

El manejo territorial para los grupos étnicos de la sierra está organizado por cuencas, y la división del territorio se hace por ríos: territorio kogui (de río Jerez a río Mamatoco); territorio arhuaco (de río Mamatoco a Cerro Yosagaca); territorio kanrío kuamo (de Yosagaca a Camperucho); territorio wiwa (de río Camperucho a río Jerez). En la parte alta de la sierra están ubicados los arhuacos y los koguis. Según lo manifestado por Danilo Villafañe, la Sierra Nevada es el corazón del mundo, y muchos ríos ubicados en esa zona son de origen glaciar. En la parte superior no se puede vivir, ya que son sitios sagrados y está prohibido prender fuego y cocinar. Sin embargo, debido a la violencia reinante en la zona, los grupos étnicos se vieron obligados a subir cada vez más.

Los grupos que perdieron la forma ancestral de concebir y manejar el territorio por cuencas, se debilitaron. Esa visión del territorio está íntimamente ligada con la organización social y política de cada grupo. Existe relación entre la estructura organizativa y de ejercicio de la autoridad, con el ordenamiento del territorio por cuencas. Por tal motivo, en cada sitio sagrado hay un mamo que es la autoridad, portador e intérprete de la ley de origen⁷².

Cada espacio y porción del río representa algo desde el punto de vista simbólico e implica un manejo. Cada uno es como un libro que el mamo interpreta, lo cual significa una responsabili-

⁷¹ La Corte Constitucional, en Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, cita a las autoridades tradicionales del pueblo arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, concepto presentado a la Corte Constitucional, Valledupar, 1997 (arhuacos son los mismos ikas), así: “En efecto, al decir de los propios ikas: ‘Para cualquier toma de decisión política, espiritual, administrativa o jurisdiccional, los mamos y las autoridades civiles tradicionales (comisarios y Cabildos con el apoyo de cabos y semaneros) deben consultar a la madre en un lugar sagrado (*ka’dukwa*), para que dichas decisiones no vayan en contra de los principios culturales y sociales que nos dejaron nuestros padres espirituales (ley de origen)”.

⁷² La Corte Constitucional, en Sentencia SU-510 de 1998, señala que el “mamo es una personalidad omnipresente en la vida diaria de la comunidad indígena. Así, por ejemplo, gracias a la confesión, conoce en profundidad a cada uno de los individuos que la componen, es conciente de la situación económica de cada familia y tiene influencia, a través de los distintos rituales que debe practicar, sobre todos los aspectos que conforman la vida de su pueblo, como que tiene influencia en detalles tan íntimos como el manejo de la sexualidad de las personas (...) De otra parte, sólo el mamo conoce en detalle los mandatos de la ‘Ley de la Madre’ y es el único que posee los conocimientos esotéricos suficientes para interpretarla a cabalidad. De esta forma, el mamo se convierte en el intermediario necesario entre el individuo y las fuerzas sobrenaturales del universo. Sin su presencia, el equilibrio personal y cósmico serían inalcanzables y la comunidad quedaría sometida a la amenaza de las más terribles desgracias” (opinión basada en Gerardo Reichel-Dolmatoff, *Los kogi. Una tribu de la Sierra Nevada de Santa Marta*, Bogotá, Procultura, 1985, 2 tomos).

Igualmente se basa en Carlos Alberto Uribe, *La etnografía de la Sierra Nevada de Santa Marta y las Tierras Bajas Adyacentes*, en AA. VV., *Geografía humana de Colombia*, tomo II, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1993, para sostener que “el aspecto más importante del rol de los mamos es el político, como que todas las decisiones de carácter político que se adoptan en el interior de la comunidad resultan determinadas, validadas y fundamentadas por el discurso sagrado que sólo el mamo es capaz de articular”.

dad diferente con cada sitio. Existen sitios sagrados donde el agua no se puede beber ni puede ser utilizada para abrevadero de los animales. Cada forma del agua (caídas, pozos, cascadas o sonidos del agua) conllevan rituales y tipos de “pagamento” diferentes (se debe pagar por lo que se obtiene de la naturaleza)⁷³.

El *sen* es el conjunto, el todo que genera la armonía y es una forma de interpretar el mundo y asumir la responsabilidad que le corresponde a cada cual. En el *sen* todos somos iguales: las piedras, el agua, los animales, los árboles, los seres humanos, y no existe una separación ni diferencias relevantes entre seres inertes y seres vivos. Tampoco existen seres superiores y a cada uno se le asigna una función en el mundo. Cuando todos los elementos y seres asumieron su función, el mundo se materializó (*nabusimake*: nacimiento, manifestación del mundo material). Para que el *sen* no se desordene y sea posible mantener el equilibrio entre lo material y espiritual, hay que pagar.

Hay determinados sitios donde se recogen esos elementos, que representan cada ser de la naturaleza. Por ejemplo, un árbol está representado por una piedra y el agua está representada por una piedra blanca. Como los hombres son seres contaminadores y perturbadores de ese orden natural, es necesario hacer limpieza y “pagamento”. Para ello se utilizan los elementos que representan en lo espiritual algún ser de la naturaleza, y se depositan en determinados lugares y se los intercambia. Así, por ejemplo, se los traslada de las lagunas bajas a las altas, porque existe una relación de cuidado entre éstas: si no se cuidan las de arriba, se secan las de abajo, y viceversa. Hay sitios de “pagamento” a lo largo de todo el río, y desde la nieve hasta el mar. El mar es una despensa donde se encuentran muchos elementos para hacer “pagamento” (piedras, conchas, etcétera). Los árboles son como el vestido de la cuenca, cuando se cortan se la deja desnuda y ella se avergüenza, motivo por el cual hay que pagar. Se paga con un elemento que representa el árbol en lo espiritual, y de esa manera se garantiza que no se quiebre esa armonía. En las cuencas existen determinados árboles que no pueden ser cortados, que se escogen por su ubicación, forma, historia y antigüedad. Hay piedras con formas especiales que tampoco se pueden tocar, y sitios que se llaman *nikuma* que aglutinan todo y que son como una cuña que todo lo soporta. Por tal motivo no se pueden tocar, ya que su alteración significaría que todo se desbaratará.

El mamo, como autoridad espiritual, es quien señala lo que hay que pagar y dónde se debe depositar. Los mamos aprenden de memoria el mapa del territorio y recuerdan cada sitio, su

⁷³ Ulloa señala que “los pagos son ofrendas materiales que sirven de alimento espiritual a las madres y, a su vez, son la esencia que éstas dan para que la naturaleza funcione, es la energía en permanente transformación y circulación a través de los planos espiritual y material. La naturaleza posee un plano espiritual, por tanto debe respetársela y comportarse éticamente con ella para evitar las catástrofes que pueden sobrevenir al no cumplir los rituales. De esta manera, las prácticas ambientales no se efectúan con un propósito de conservación de los ecosistemas y recursos naturales *per se*: son conceptos sociales que reproducen su esquema en su visión del medio”. *La construcción del nativo ecológico. Complejidades, paradojas y dilemas de la relación entre los movimientos indígenas y el ambientalismo en Colombia*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), Bogotá, Colciencias.

significado y su ubicación, y conocen las leyes de cada elemento de la naturaleza⁷⁴. Son escogidos desde pequeños para cumplir esa función. Para aprender se aíslan desde niños y viven solos, y se someten a un proceso educativo especial. Su conocimiento no proviene de la adivinación, sino del aprendizaje. No se les permite comer sal porque ésta no permite un desarrollo espiritual, ni deben comer nada diferente a los productos propios que se utilizaron ancestralmente. Tampoco pueden tener animales domésticos, porque no pertenecen a su cultura. Un mamo los visita durante su aislamiento hasta la vida adulta, y luego se casan con una mujer que tuvo una formación especial, porque creció al lado de un mamo, ya que es necesario mantener el equilibrio hombre-mujer.

El máximo sentido de un arhuaco y de un kogui es mantener el orden. Ello implica una misión y un sentido de responsabilidad con *sen*, con el orden y con la armonía. Esto lo aprenden desde que son pequeños a través de su educación, motivo por el cual son los hermanos mayores. Ser arhuaco o kogui tiene un significado mayor que el lazo de sangre. Significa asumir la responsabilidad y la misión, y saber que somos una amenaza porque alteramos ese orden. Es por ello que constantemente hay que hacer “pagamentos”. El “pagamento” es progresivo y constituye un proceso de formación de la persona y se hace durante toda la vida.

Seyunchwi significa “volver a mirar en *sen*”; consultar en *sen*; investigar en *sen*. *Sen* es el cordón umbilical y no se puede perder nunca la conexión con ese cordón. Siempre hay que mirar y volver a consultar en él. No se puede cortar ese cordón frente a las generaciones futuras, y hay que transmitir ese conocimiento a los hijos y los nietos. Las faltas y errores de los arhuacos y koguis que mueren pasan a los hijos y a los herederos, que tienen que pagar por ellos. Lo que hace uno afecta a todos, por eso se vela por lo que hace el vecino, para corregir, ya que todos resultan afectados por las faltas.

Los hermanos menores (los que no pertenecemos a los grupos étnicos de la sierra) son muy juguetones y no ponen cuidado. La madre no les enseñó y no aprendieron *sen*. Adolecen de ese conocimiento y desconocen su responsabilidad y su misión con *sen*. Por eso no consideran el árbol, la fuente, los animales, la nieve, el páramo. Son ignorantes y sólo piensan en ellos, y no tienen responsabilidad con las generaciones futuras. Por eso los hermanos menores son vistos con compasión, porque no aprendieron y es necesario enseñarles.

⁷⁴ La Corte Constitucional, en Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, cita palabras del antropólogo Gerardo Reichel-Dolmatoff, *Los ika. Sierra Nevada de Santa Marta. Notas etnográficas 1946-1966*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1991, para ilustrar el mundo religioso de los arhuacos: “Cada roca, cada vuelta del camino, cada pozo en el río, tiene para los ika un profundo significado sobrenatural. El paisaje entero está impregnado de la viva presencia del pasado, desde la creación del universo hasta el recuerdo de un abuelo recién fallecido; desde las hazañas de la mitología heroica hasta las reminiscencias de los ancianos que todavía cuentan las guerras civiles, de episodios del siglo pasado cuando aún había mamos que podían transformarse en jaguares (...) Así el paisaje es un código, un mapa, un palimpsesto, sobre cuyos diversos planos se mueven los hombres, siempre sobre caminos ya trazados por otros que les precedieron; con cada paso uno se aleja de algo, se acerca a algo, en esta gran malla reticular que es la Sierra Nevada, que es su pasado, su presente, su porvenir. En ninguna parte del país he encontrado tribus tan arraigadas en su tierra, tan conscientes de su historia y tan convencidos de tener una misión: la de vivir una vida ejemplar para una pobre humanidad desorientada”.

En los ríos no se puede orinar, escupir, verter sangre, sacar piedras y arena, jugar, poner mangueras, ni hacer obras y derivaciones o verter químicos. Cada cosa tiene que estar en su sitio. El orden ya existe y la cuenca y el territorio ya están ordenados. Modificar ese orden preexistente cambia el *sen*, y su compostura, en los casos en que fue alterado, es muy costosa y difícil. Frecuentemente el “pagamento” no es suficiente.

Los hermanos menores ocasionaron problemas tales como la contaminación de los ríos; escasez de agua en ciertas épocas del año; sedimentación; deterioro de los recursos; deforestación de las cuencas y enfermedades. Frente a esta situación, los arhuacos y los koguis dicen que hay que hacer “pagamento” a través de una ceremonia y concentrarse. Los problemas fortalecen el aspecto espiritual, pero el “pagamento” no justifica el daño que se hizo a la madre naturaleza. Lo que se hace a través suyo es como un intercambio en lo espiritual. Los problemas se asumen como falta de cumplimiento de la responsabilidad de cada uno, y como lo que perturba el equilibrio.

Comunidad kogui

Juan Mamatacán Moscote es el gobernador del Cabildo Organización Gonawindua-Tayrona (OGT), elegido por tercera vez como gobernador por los mamos. Explicó durante la entrevista que se le realizó, que la sierra es el corazón del mundo. El agua es muy importante para ellos ya que sin ella no podrían vivir. El agua es sagrada en todas sus formas (nieve, lluvia, cualquier charco de agua), desde la laguna del páramo hasta que baja al mar. Cuando se acabe el agua de la laguna, también desaparecerán los indígenas. Por tal motivo hay que cuidarla, y no deben talarse árboles ni quemarlos. Todo el nacimiento de las aguas y la parte baja es importante. Los mamos hacen el trabajo espiritual para que la laguna tenga suficiente agua y no se sequen las quebradas.

El agua en la sierra está en todos lados: en la nieve que mermó, hasta el mar. El páramo no puede pisarse, pero la presión por la violencia reinante obligó a los indígenas a subir al páramo, aun cuando a esos sitios sólo pueden ir los mamos a trabajar. Los grupos armados subieron y pisotearon todo, y existen enfermedades nuevas. Se efectuaron talas y se derramó mucha sangre en los ríos por la violencia, aun cuando en ellos no se puede tirar ni sacar nada.

En la época de la bonanza de la marihuana en la sierra, los hermanos menores talaron muchos árboles y por ello hubo derrumbes, y saquearon los cuarzos, que son las piedras que representan el orden. Los cuarzos blancos representan el agua; los verdes, los árboles; los rojos, la sangre y la fertilidad, y a su vez también cada piedra representa algo. El saqueo continúa aún hoy en día. Primero fue la marihuana y luego la coca. Los grupos armados y los indígenas sufrieron matanzas, muerte y desapariciones debido a los problemas que trajeron los hermanos menores a la sierra.

Los hermanos menores y el Estado tienen muchos proyectos que causaron y causarán muchos problemas: construcción de represas en ríos del territorio de los indígenas y desvío de quebradas. Tapar una quebrada es como si al cuerpo no le dejaran salir la orina, lo cual genera enfermedades: la tierra también respira, se alimenta y bebe. El hermano menor tapa, desordena y hace proyectos que le impiden respirar y beber. Para ellos eso es desarrollo, pero por el contrario significa alterar el orden.

En muchos lugares se secaron las quebradas y cada día merman los ríos. Se pusieron mangueras y tubos para sacar el agua; se hicieron sistemas de riego y minería de aluvión en ellos; hay huecos y boquetes en los ríos. Al río no se le debe sacar nada, por eso hoy hay derrumbes. Los mamos están preocupados, porque una vez se represó el río y cuando se destapó, causó muchos desastres. La sequía y la inundación significan que algo falla en el orden y hay que pagar para corregir.

Por eso se va a caer la madre, que está débil. Es como si al cuerpo se le quitaran el pelo, las uñas y la piel, lo que genera enfermedad y va a ocasionar problemas, conflictos internos y sequías. Los abuelos contaban que si no se maneja bien la madre tierra existirán muchos problemas. La tierra no tiene un sentido comercial, no se compra ni se vende: ella implica una identidad⁷⁵.

Sin embargo, la ley del Estado se impone y desconoce las leyes del territorio y no oye a las comunidades. De todas formas los indígenas van a seguir insistiendo con el cumplimiento de su misión y su sentido de responsabilidad con el mundo. Resistieron todas las amenazas y los conflictos que vivieron en la sierra, contra los cultivos ilícitos, contra los violentos y contra los evangélicos (que irrumpieron en su cultura tratando de imponer sus prácticas religiosas a los indígenas).

Los indígenas no responden a la agresión con violencia. Por el contrario, entre más problemas más recogimiento y más “pagamento”. Independientemente de la ley del Estado, ellos se sienten responsables del mundo que está bajo su cuidado.

Todos los hermanos menores (grupos armados, iglesias occidentales, el Estado, los colonos) dejaron una marca y un gran daño en la sierra a partir de sus acciones, que los afecta y enferma, generando destrucción, muerte y amenaza. Las actuaciones de otros los afectan, incluso cuando el Estado interviene vulnerando su autonomía con buenas intenciones.

Los indígenas pueden pasar mucho tiempo haciendo “pagamento”, sentados, sin comer. Los hermanos menores no, para ellos una semana de “pagamento” es perder tiempo y plata; cuen-

⁷⁵ La Corte Constitucional, en Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, cita un documento de la Fundación Pro-Sierra Nevada de Santa Marta, *Plan de desarrollo sostenible de la Sierra Nevada de Santa Marta*, Bogotá, 1997, donde los mamos manifestaron: “Antes de llegar el hermanito menor había bosque hasta la playa, también había mucho indígena en la sierra y alrededor. Ellos no talaban; para que no hubiera enfermedades y para que el agua se alimentara y los árboles se alimentaran por medio del vapor de las nubes. Los indígenas, los árboles y el agua se respetaban por igual; los árboles respetaban el agua y nosotros a los árboles y el agua a nosotros, todos nos respetábamos por igual (...) Pero hermanito menor dijo que si no tenía finca no era señor; si no tenía ganado no era señor, era salvaje, y así toda la gente empezó a tumar el bosque, comprar ganadito y finca. Por eso hoy en día es muy difícil recuperar todo. Ahora nos ataca la enfermedad, el hambre; se acaba la quebrada, se seca el río (...) Pero el mismo Serankua dijo que el aparato material podría dañar el corazón de todo mundo-universo. Porque la sierra es corazón. Otras montañas pueden ser codos y rodillas, pero aquí está el corazón (...) Si se enferma el corazón todo se enferma; por eso en el pie de la sierra no se puede talar. ¿Qué piensa el hermanito menor? ¿Tiene o no corazón? ¿Por qué no dejan los bosques para que los nietos también puedan gozar? Todo porque falta la plata (...) Ahora tenemos mucha plata, pero ¿para qué va a servir? No podemos dejar que el corazón se debilite. La sierra está avisando para que la cuidemos”.

tan cuánto pierden por no trabajar esa semana, en lugar de ayudar a mantener las prácticas tradicionales y el orden espiritual, que no es únicamente responsabilidad del indígena.

Los mamos hacen “pagamento” y limpieza espiritual con las piedras, con los cuarzos (así como los hermanos menores pagan impuestos), para restablecer el orden colectivo. Los mamos bajan al mar, porque allí hay muchos elementos para pagar, el mar no es para diversión y hay que respetarlo. Hay un calendario tradicional de prácticas colectivas ceremoniales (bautizo de alimentos, siembra, lluvia), pero además se hacen prácticas que responden a problemas coyunturales. Por ejemplo, cuando hay sequía o cuando el agua que beben los enferma, se hacen ceremonias colectivas con el agua. Los mamos están al frente de éstas, mostrando el camino y son los guías espirituales de la comunidad.

Cuando hay problemas, los mamos se reúnen y se concentran. Ven que no hay orden, y piensan sobre qué hay que hacer. Consultan las leyes espirituales sobre cómo hacer saneamiento espiritual tradicional, y le dicen a los demás lo que deben hacer y cómo pagar para restablecer el orden. Existen normas espirituales y unos sitios sagrados que están predeterminados. La misma naturaleza dice qué responsabilidad debe asumirse frente a determinados lugares, y los mamos los reconocen y aprenden a identificarlos, así como también su significado. El territorio hay que leerlo, ya que dice, por ejemplo, cómo vestirse y también cómo actuar, las leyes están en el territorio y los mamos las leen.

Los mamos se preguntan hasta cuándo los indígenas van a estar manteniendo el orden, y los mamos pagando y haciendo el trabajo espiritual, y hasta cuándo los hermanos menores van a seguir siendo irresponsables e inconscientes, alterando la armonía⁷⁶.

Estudio de caso N° 2

Comunidades negras

Se entrevistó a un líder del movimiento afrocolombiano del país, llamado Rudesindo Castro, fundador y primer presidente de Acaba (antes denominada Asociación Campesina del Baudó), que hoy es el Consejo Comunitario General del río Baudó y sus afluentes. Rudesindo es comisionado especial de la comisión consultiva de alto nivel para comunidades negras creada por la Ley 70 de 1993, en cuya elaboración participó en forma activa y definitiva. Es ingeniero de sistemas, con especialización en etnoeducación.

Rudesindo narra la relación de las comunidades negras con el agua en el río Baudó (él es del río Dubasa, afluente del Baudó). Señala que mientras que la sociedad occidental considera el territorio y los recursos naturales por separado (agua, flora, fauna, peces), para las comunidades negras éstos funcionan en forma integrada como un sistema, del cual forman parte tam-

⁷⁶ Agradecimientos infinitos a Danilo, Juan y Rudesindo que compartieron conmigo sus narraciones, mostrándome visiones maravillosas que me llenaron de alegría y optimismo.

bién las comunidades y las relaciones culturales. El sistema es la relación de todos los componentes: si falla alguno, todo se ve afectado.

En el río Dubasa viven comunidades indígenas y negras, motivo por el cual hay que tener presente las relaciones interétnicas. Los indígenas pertenecen al pueblo Emberá. Los negros los llaman compadres y se autodenominan “libres”. Así los denominan también los indígenas, porque los esclavos que huían se denominaban a sí mismos de esa manera.

En el Pacífico la humedad, la lluvia y el agua son constantes. Por tal motivo, ellos son pueblos “acuáticos”. El modelo de asentamiento es lineal y ribereño a ambos lados del río, por lo que es dramático para los desplazados llegar a las ciudades y no tener el río. Para reflejar la envergadura del problema, el entrevistado dice que habría que imaginarse qué le sucedería a un ser acuático si se le quitara el agua, ¿cómo podría vivir? A los desplazados, más que el hambre, les duele la falta de agua en todos los aspectos de su vida. Rudesindo cuenta que los negros desplazados hacia las ciudades buscan localizarse alrededor de los desagües o caños de aguas de la ciudad, porque ese modelo lineal de asentamiento ribereño lo llevan consigo.

Del agua dependen las comunicaciones, porque en la zona no hay vías terrestres y no hay carreteras. Toda la comunicación es por agua (río o mar). Del agua también depende el trabajo, la siembra del arroz, la pesca y la minería.

Las relaciones interétnicas están determinadas y mediadas por el territorio y la naturaleza. Hay una tradición de convivencia pacífica entre los dos grupos étnicos (indígenas y “negritudes”) y un intercambio entre esos dos grupos y de éstos con la naturaleza, donde ninguno domina al otro.

El agua determina toda la vida de las comunidades y todo se mueve a través y en razón del agua. Todo depende de los ciclos y momentos del agua. Como es una zona muy lluviosa y la lluvia es muy constante (llueve desde que se levantan y salen a sus jornadas de trabajo con lluvia y regresan a casa con lluvia), la falta de lluvia durante una semana significa sequía o verano, lo cual altera todo el orden establecido. Hace que sientan que hay peligro; se percibe miedo y se invoca a los ancestros para que llueva, porque ellos son acuáticos.

De acuerdo con la época del año cambian los intereses sobre el territorio y las actividades económicas que se desarrollan. Así, por ejemplo, en época de subida de peces, ésta es la actividad económica de la comunidad. Igualmente en época de subida de peces cambia el sentido de propiedad, porque sólo en ese momento la ciénaga adquiere carácter de propiedad privada, ya que a ella sólo entran a pescar las familias que tradicionalmente han vivido allí. Cuando pasa la subida, cualquiera puede ir a la ciénaga a pescar y a sacar agua para actividades domésticas. Es decir, el concepto de propiedad privada no es permanente sino variable, y adquiere sentido de acuerdo con la época del año y con la actividad económica que se desarrolla en ese momento en el territorio.

La actividad económica que se desarrolla en el territorio cambia, y hay meses aptos para sembrar arroz, plátano, maíz y chontaduro, entre otros. Hay épocas en que todos se dedican a la pesca (subida), y otras para criar animales como los cerdos. Por tal motivo no se siembra todo

el tiempo en el territorio sino que hay rotación de cultivos y de actividad económica, y toda esa rotación está determinada por el agua.

El ritmo del trabajo también depende del agua. No se trabaja en horario de oficina, sino a “ritmo de marea”. Hay épocas en que el trabajo es de 2 a 7 de la mañana, porque la hora de salida a pescar depende de la marea. En otras épocas del año cambia la marea y por ende los horarios de trabajo (por ej., se sale de 3 de la tarde a 7 de la noche).

El trabajo de la minería del oro también depende del agua, porque allá se hace minería de aluvión. En el río San Juan es la principal actividad de la que vive toda la gente ya que no hay agricultura. Esta forma de minería tiene graves consecuencias para el agua, porque se utiliza el mercurio sin ningún control, lo que contamina el agua en forma muy grave.

Como en el Baudó (y en la mayoría del Pacífico) no hay carreteras, la comunicación es por agua (río y mar). En el verano (quince días sin llover) pasan dificultades, porque si bajan los niveles de agua pueden quedarse varados. Para entrar navegando del río al mar hay que “leer la boca-na”, verle el ritmo, calcular cada cuánto tiempo viene la ola grande, para ver en qué momento se puede entrar. Hay que ver el “hilero” (línea de espuma que queda después que rompe la ola). Donde queda la espuma es la parte honda y es por donde hay que entrar, porque si entran por el sitio seco o bajo, se pueden quedar varados.

Una ley que no contemple esos cambios, ritmos y variaciones de la actividad económica, el significado intermitente otorgado a la propiedad privada sobre los recursos (rige sólo en unas épocas del año) y los horarios de trabajo nunca será la adecuada, ni podrá recoger sus prácticas tradicionales y la visión de lo que representa el agua para un pueblo que se autodenomina “acuático”.

En cuanto a la dimensión espiritual del agua, cada pueblo tiene su “poceta”, su chorro de referencia de donde sacan el agua para hacer los baños curativos, de limpieza o de protección con distintas hierbas, a través de los cuales limpian la sal, curan enfermedades como el tifus –que ellos llaman tabardillo– o el paludismo. Hay que sacar el agua para esos baños de una fuente especial y de una parte también especial de esa fuente. En esos sitios no se pueden bañar (por razones sanitarias), ni tumbar el monte o hacer agricultura, porque allí nace el agua.

También en la regulación de las relaciones interétnicas está presente el agua. Los compadres (indígenas) hacen acuerdos con los libres (negros) para cambiar productos o para ayudarse a trabajar unos en las tierras del otro (esto se conoce como “mano cambiada”). Por ejemplo, unos indígenas vienen a trabajar en territorios negros, y luego los negros deben retribuir trabajando en las tierras indígenas y viceversa. Si alguna de las partes incumple el acuerdo, el grupo afectado invoca a su chamán (en el caso de los indígenas) o a su brujo (en el caso de los negros), para resolver el engaño o el incumplimiento en el acuerdo pactado.

Cuando los indígenas son los engañados, mandan una “madre agua” elaborada de madera de balso, la echan al río para que vaya a buscar a quien hizo el engaño o incumplió para ahogarlo. En caso de no encontrarlo, puede tomar al primer negro que encuentre en el agua, motivo por el cual los niños cuando se presenta un conflicto no van a bañarse al agua, ya que les da miedo que la madre agua suelta los ahogue.

Si en cambio los engañados son los negros, ellos mandan un “brujo soplado” por el aire para llevarle enfermedad al que quedó mal en el negocio, a quien le cae una enfermedad extraña que no se puede curar y muere. Los indígenas temen al brujo soplado, y por eso invocan a los espíritus para que medien en el conflicto. Si las partes llegan a un acuerdo, los negros pueden volver a bañarse en el agua sin miedo a la madre agua.

El agua también es para ellos un espacio de comunicación, movilidad y libertad. Los libres se mueven por el agua. Por ese significado espiritual y por su integralidad con el territorio, el agua no se puede comprar ni vender. Tampoco se les puede cobrar por usar el agua y nadie se la puede apropiar. Debe ser inalienable, imprescriptible e inembargable, tal como lo es el territorio.

2. Ecuador⁷⁷

Las prácticas ancestrales sobre el uso del agua y los recursos naturales varían sustancialmente, según el lugar en el cual se ubican el pueblo o la comunidad y el tipo de amenaza que enfrentan. Por ejemplo, en el caso del pueblo sarakuro, situado en la región sur del país, en la provincia de Loja, las prácticas consuetudinarias se fundamentan en el interés de proteger los recursos naturales en general y en el manejo del agua en particular, debido a que se encuentra situado en una de las zonas más secas del país.

Cuando estas prácticas son analizadas desde la perspectiva de las comunidades de la región amazónica y litoral, o de la costa, vemos que su preocupación gira en torno a la cacería de especies de vida silvestre en peligro de extinción, la explotación de bosques y la apertura de vías asociadas a procesos extractivos de gran escala (petroleros, mineros y madereros). Éstos produjeron un impacto considerable en los recursos forestales, hídricos, en la biodiversidad, los humedales y el manglar⁷⁸, y afectaron sustancialmente la disponibilidad y el uso de estos recursos, así como la calidad de vida de los pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas.

La realidad que enfrentan las comunidades de la sierra es diferente, pues ejercen sus prácticas con el fin de regularizar y defender su derecho a usar y gozar del agua para uso doméstico y riego.

La propia estructura organizativa en el nivel comunitario otorga un lugar relevante a las Juntas de Agua, que son las encargadas de administrar el recurso en base con la concesión autorizada por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, que es la autoridad competente.

⁷⁷ La información se obtuvo del estudio denominado *Panorámica del derecho indígena ecuatoriano*, elaborado por Serrano Vladimir, Rabinovich Ricardo y Sarzosa Pablo, en mayo de 2005, en el cual se identifica la existencia de los derechos consuetudinarios y las prácticas tradicionales de las comunidades y los pueblos de todo el país. A los efectos de este trabajo, se exponen únicamente las prácticas que tienen una relación directa con el manejo de los recursos naturales.

⁷⁸ Tobar, Mónica, *Experiencias de centros de mediación: Una orientación para el manejo de conflictos socioambientales*, Unidad Coordinadora para el Desarrollo Forestal Sostenible de la Provincia de Esmeraldas (UCE), 2004.

Estudio de caso N° 1

Comunidad de Pijal

La comunidad está ubicada en la zona norandina de Ecuador, en la parte sur de la provincia de Imbabura, en el límite con la provincia de Pichincha y se identifica como de ascendencia quichua-cayambi⁷⁹. La integran 1.138 comuneros, de los cuales 587 son mujeres y 551 hombres. Está organizada como comuna y posee un reconocimiento jurídico desde el año 1953. La máxima autoridad es el Cabildo, que es elegido por la Asamblea Comunal que se lleva a cabo todos los años y donde participan todos los comuneros⁸⁰ sin distinción alguna.

A pesar de tener descendencia quichua y cochasquí, la mayoría de sus miembros pertenecen a la comunidad quichua-cayambi, y se dedican en particular a los cultivos de maíz, fréjol, papas, trigo y cebada, y a la cría de animales. Cuenta con una estructura organizativa compuesta por distintos niveles de gobierno. La máxima instancia de decisión es la Asamblea de la Comunidad, en la que participan todos sus miembros. En un nivel inferior está ubicado el Cabildo, conformado por un presidente, vicepresidente, síndico, secretario, tesorero y tres vocales, seguido por las Juntas de Agua, que están distribuidas en la Junta Regional de Pijal, Pijal, sector bajo y Pijal, sector de San Pedro. En el nivel inmediatamente inferior se incluye a las asociaciones de tipo agrícola, piscícola, turismo, religiosas y otras, que se van creando de acuerdo con las necesidades de la población, así como a los grupos de jóvenes y de mujeres de la comunidad.

Las Juntas de Agua ocupan un lugar privilegiado respecto de los demás órganos de la estructura organizativa, y tienen una fuerza política superior a la de las tenencias políticas, que son las instancias de representación del propio Presidente de la República. Poseen incidencia en los asuntos relativos a la administración del recurso y también son consultadas respecto de la construcción de pequeñas obras, contribuyendo de esta manera al proceso de toma de decisiones dentro de la comunidad. Tal como manifestaron los miembros de la comunidad, para ser miembro o directivo de la Junta de Agua, el candidato debe ser reconocido por la comunidad como una persona honesta, ya que dentro de su ámbito se producen conflictos que tienen que ser resueltos de la manera más objetiva posible. Las normas de funcionamiento de la Junta de Agua están incluidas en un reglamento elaborado con base en una propuesta colectiva de los mismos comuneros, con el fin de dar respuestas a las necesidades y amenazas relacionadas con la gestión del recurso hídrico.

Los principales problemas que enfrenta la comunidad de Pijal respecto al acceso del recurso agua tienen que ver con su escasez, que ocurre durante casi toda la época seca del año. Últi-

⁷⁹ Etnia quichua, situada en la provincia de Pichincha e Imbabura.

⁸⁰ Los comuneros son todos los miembros de la comunidad mayores de 18 años con una serie de derechos y obligaciones impuestos por la propia comunidad. Los principales derechos son: derecho a elegir y ser elegido; derecho a voz y voto en la toma de decisiones de la Asamblea; y a no ser discriminado por razones de género o edad. Entre las principales obligaciones están la de participar en las actividades programadas por la comunidad, sean mingas, comisiones, fiestas, movilizaciones políticas, etcétera.

mamente la misma se ha prolongado, y la disminución del caudal es cada día más alarmante. Ello se debe a que el caudal originalmente otorgado por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos –que para ello tomaba como base, cierta capacidad de generación de agua de una fuente hídrica– disminuyó considerablemente y, consecuentemente, se tradujo en un acceso reducido al recurso por parte de los comuneros.

Otro factor que dificulta el acceso al recurso agua por la comunidad es el crecimiento demográfico de la población. Cuando se otorgó la concesión de uso del agua, no se consideró un porcentaje mínimo de crecimiento de la comunidad, integrada por familias de varios miembros. Así, por ejemplo, de los 5.6 litros por segundo cuyo uso otorgó hace 23 años el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, la comunidad cuenta hoy con una cantidad muy inferior, debido a que la fuente de agua de ese entonces (quebrada de San Agustín) no tiene el mismo caudal que antes. Ello obligó a tramitar una nueva concesión del uso del agua, que aún no fue otorgada a la comunidad.

Para el mantenimiento de los canales y las acequias, la comunidad utiliza mingas, cuyo uso es obligatorio, pues a través del trabajo mancomunado se asegura la provisión del recurso para a todos los miembros de la comunidad. Frente a la posible ausencia de alguno de los comuneros, la propia comunidad impuso un sistema de sanciones que funciona a través de un puntaje de inasistencias. Si la falta de colaboración por el comunero es reiterada, la Asamblea ordena el cobro de una suma cuyo valor es equivalente a un día de trabajo, con base en valores impuestos por ellos mismos. La sanción máxima es el corte de la provisión del agua, hasta que la propia Asamblea resuelva el reintegro del uso del recurso, previo compromiso del infractor de no volver a cometer la misma falta.

La comunidad señaló que es frecuente el robo de agua en ciertas épocas del año, lo que genera la pérdida del recurso a mayor escala y agrava la situación de acceso al mismo por parte de la comunidad. En tales casos se aplicaron sanciones, incluso de tipo físico. Las sanciones que se aplican en caso de faltas leves son multas, corte de los servicios de agua y/o de luz y/o llamados de atención. Existen conflictos en los cuales puede haber al mismo tiempo una sanción o castigo, y una solución acordada por las partes.

Otro aspecto que preocupa a la comunidad es el costo del agua por familia. Actualmente cada familia tiene que pagar \$50 centavos al mes, con un total al año de \$10 dólares por cada una. Dicho valor es considerado excesivo, teniendo en cuenta que cada vez es más difícil exigir a las comunidades vecinas el respeto de los derechos de concesión del uso del agua obtenidos.

Los integrantes de la comunidad manifestaron que las normas están presentes en la conciencia individual de sus miembros. Esto hace que una persona que fue sancionada deba resignarse, comprometerse y mejorar su comportamiento. Las Asambleas Generales, en las cuales se tratan conflictos de distinta índole, sirven como formas de aprendizaje acerca de las normas y valores que tiene la comunidad, ya que a las mismas asisten personas para observar y aprender.

Los conflictos entre miembros de comunidades distintas son solucionados a través de la convocatoria a una asamblea en la que estén representadas ambas comunidades, que conozcan la problemática y propongan mecanismos de solución mediante votación.

De acuerdo con lo mencionado por Tocagón, coautor del estudio sobre las “Experiencias de Pijal en torno a la administración de justicia”⁸¹, la comunidad tuvo que enfrentar a lo largo de la historia un sinnúmero de conflictos relacionados con temas sociales, culturales, religiosos, de tierras y de aguas. Sin embargo, cuando éstos fueron puestos en conocimiento de las autoridades del Estado, las comunidades se encontraron con que las diferentes instancias de administración de justicia en vez de ayudarlos a solucionar estos conflictos, actuaron con ciertas formas de represión. Esto profundizó los problemas ya existentes, motivo por el cual los afectados desarrollaron sentimientos de venganza y de violencia, y aumentó su nivel de pobreza debido a los gastos que generó el impulso de procesos en curso.

Como consecuencia, las comunidades utilizaron sus propios mecanismos para la solución de los conflictos, al margen de las autoridades del Estado. A partir de la experiencia vivida en la comunidad, los delitos o faltas graves son puestas primero en conocimiento del Cabildo (que comprende su realidad), para que luego informe a las autoridades correspondientes.

Las comunidades opinan que el Cabildo debería ser una instancia dentro del proceso judicial, impuesto por la justicia ordinaria. De acuerdo con su percepción, las prácticas locales no son respetadas por la justicia ordinaria y las autoridades cuestionan el ejercicio de los derechos existentes desde la época de sus ancestros. Por ello solicitaron a la justicia ordinaria el respeto de sus propios mecanismos para administrarla, y demostraron su interés en mejorar la administración de justicia, a partir de la formación de mediadores comunitarios que apoyen al Cabildo.

El lago San Pablo, en la concepción indígena, es denominado *Nina Paccha*, Princesa del Lago, y según Gracilazo de la Vega: “Cuenta la leyenda que la sequía azotaba a toda la región y, por tanto, había que sacrificar una doncella para calmar las iras del ‘Taita’ Imbabura. Una hermosa indígena llamada Nina Paccha (fuente de luz) fue la elegida, pero su joven enamorado, Guataquí, no estaba dispuesto a perderla, por lo que huyeron juntos Rey Loma arriba. El pueblo los siguió, armado de coraje, por temor a más represalias. Cuando iban a ser alcanzados, el cielo se iluminó y Nina Paccha desapareció.

El volcán padre la había convertido en laguna. Surgió, además, un relámpago que fue directamente donde el joven amante, quién se esfumó y brotó como lechero, para que sea vigía permanente de su adorada Nina Paccha. Y mientras el pueblo no salía de su estupor, una fuerte lluvia empezó a caer sobre los campos Sarances.

Así, la laguna y el lechero, dentro de la teogonía aborígen, se convirtieron en templos rituales, donde se alzaban plegarias por la siembra, la cosecha y la vida misma; también por ello, desde épocas remotas, los indígenas cruzaban a nado el lago como ofrenda sagrada”.

⁸¹ Tocagón, Luis Fernando y Bautista Luis Alberto, *Tenientes políticos, jueces y tinterillos versus el Cabildo y la comunidad. Experiencias de Pijal en torno a la administración de justicia*, abril de 1998.

Estudio de caso N° 2

Comunidad de Peguche

La comunidad de Peguche está ubicada en la zona norandina de Ecuador, en la parte sur de la provincia de Imbabura, en el límite con la provincia de Pichincha. Está integrada por 800 familias organizadas por la Asamblea, que tiene el máximo poder en la toma de decisiones. La sigue en orden de importancia el Cabildo, integrado por un presidente, vicepresidente, secretario y tesorero, que es la máxima autoridad en jerarquía y representación. La Junta Administradora de Agua se encarga de administrar el recurso hídrico, presentar propuestas y tomar decisiones referidas al recurso agua.

La experiencia de esta comunidad fue elegida porque representa uno de los esfuerzos comunitarios más significativos. El hecho de que la comunidad tuviera que enfrentar problemas referidos al proceso de transformación social y cultural por su cercanía con la ciudad, hizo que construyera iniciativas de manejo del agua bastante distintas a las de otras comunidades del sector.

Según la entrevista efectuada al presidente de la Junta de Agua⁸², la comunidad de Peguche cuenta actualmente con un reglamento elaborado con la participación de todos los miembros de la comunidad, que tienen elementos muy innovadores, que por sus características no parecen ser de una comunidad indígena.

Las prácticas tradicionales de manejo del agua de esta comunidad, tal como sucede en la mayoría de las comunidades indígenas de la sierra, giran entorno a las decisiones acordadas en las asambleas comunitarias, que se celebran cada vez que sea necesario. De manera muy similar a lo que ocurre con la comunidad de Pijal, los conflictos relacionados con el agua que se suscitan dentro del ámbito de la comunidad son resueltos internamente. Se aplican sanciones máximas (por ej., corte del agua o suspensión total del acceso al agua, según la infracción), sin tomar en cuenta ningún tipo de justificación realizada por el comunero que cometió tal infracción.

Existen dentro del marco de esta comunidad tres tipos de sanciones: a) amonestación, cuando se trata de sanciones leves a los usuarios no reincidentes; b) suspensión temporal del abastecimiento de agua, en casos de incumplimiento de pago de tarifas a partir del segundo mes. Si se comprueba que el usuario vuelve a conectarse al servicio luego del corte, este hecho se interpreta como una conexión clandestina, lo que lo hace pasible de la aplicación de una multa de \$30; y c) las suspensiones definitivas del servicio se producen en caso de conexiones clandestinas, y en tales casos se aplica una multa de suspensión del servicio y pago de consumo básico de por lo menos un año, pudiendo el infractor después de este tiempo solicitar una nueva conexión. Si persiste la falta de pago por más de tres meses, el infractor dejará de ser usuario y se le suspenderá definitivamente el servicio.

⁸² Luis Fichamba, entrevistado por la investigadora el 15 de junio del 2006.

La Junta de Agua posee, en cuanto a su funcionamiento, una visión que se acerca bastante a la empresarial, ya que trata temas tales como el pago por el uso del agua en base con tarifas de consumo reales; reducción del valor de pago a personas de la tercera edad; venta del recurso agua a otras comunidades vecinas que carecen del mismo; subsidios a instituciones locales que proveen servicios para el beneficio de la comunidad (por ej., escuelas); y uso de medidores para todos los usuarios del agua. La Junta logró establecer un sistema de cobro de tarifas de agua, que cubre el costo real de conservación del recurso, el cual actualmente asciende a \$22 centavos el metro cúbico. Éste coincide con el uso real de agua de cada familia, dejándose sin efecto la práctica anterior, que fijaba el mismo valor para todas las familias, independientemente de la cantidad de agua que efectivamente usaban.

La implementación de este mecanismo fue posible a través de la asignación de responsabilidades al presidente de la Junta, que es el líder de este proceso; al secretario, que hace las veces de cobrador; y a los operadores de agua, que son las personas que leen el consumo del agua dentro de la comunidad.

Todos los consumos son ingresados a un sistema informático que fue diseñado de acuerdo con las necesidades de la comunidad, que señala los valores de pago mensuales por familia, emitidos a través de una orden de pago el octavo día de cada mes, cuyo monto debe ser cancelado antes del día 22. A partir de esa fecha se cobra un recargo equivalente al 10% adicional. Cuando el comunero se atrasa en el pago, se le aplica un recargo adicional y se lo incluye en la lista de corte del servicio de agua. En el caso de la suspensión del servicio de agua por el lapso de un mes, el usuario del recurso estará obligado a pagar la base de la tarifa que le corresponde. Este procedimiento, que a primera vista resulta bastante contradictorio con las prácticas generalmente utilizadas en el nivel comunitario, parece haber dado resultado, ya que los usuarios tuvieron que acostumbrarse a cancelar el pago en término y tomaron conciencia acerca del verdadero valor del agua.

Respecto de la venta del agua existen críticas en torno a la competencia de la comunidad para vender el recurso. Desde la óptica de la comunidad, si el Municipio de Peguche va a tomar agua de las quebradas u ojos de agua que fueron recuperados por la comunidad, el poder local deberá reconocer a aquella un valor que compense las actividades de rehabilitación y mantenimiento de la fuente de agua.

En la comunidad de Peguche se practican “las mingas” para construir la conducción de canales de agua desde la fuente o vertiente, hasta los usuarios. La minga, según la costumbre, hace el mantenimiento de los canales de riego, limpieza de vertientes de agua y la construcción de pequeñas infraestructuras.

Se nombra una directiva encargada de velar por el cumplimiento de los recorridos diarios por los canales de agua, para controlar que no haya derrumbes, roturas o robos de agua. En caso de que se ocasionen daños de cualquier tipo, la Junta de Agua financia los gastos que deban efectuarse para recuperar el estado habitual de la infraestructura.

Los robos de agua se solucionan cerrando o corchando las mangueras o canales de agua, de los que se aprovecha el infractor, y se le aplican castigos de tipo moral tales como insultos y se lo desacredita ante la comunidad.

Para la comunidad de Peguche, conocida también como el Pueblo de la Cascada Sagrada, la cascada representa un lugar sagrado y energético de profundo significado religioso. Por esta razón, cada año en la noche del 22 de junio con motivo del Inty Raimy, la comunidad se realiza el baño en la cascada, entregando a la madre agua todas las situaciones vividas dando por concluido el ciclo de vida de todo un año. Según la creencia indígena, el baño en la cascada logra sanaciones, cura enfermedades y protege de la maldad en contra de las personas.

Desde la óptica de Shairy Jose Quimbo Pichamba (miembro de la comunidad), Peguche significa “vaho (vapor) de agua sagrada que cae o baña desde lo alto”. Vaho es sinónimo de vapor, aliento, aroma, olor. Vaho en kichwa significa *sami*, *samay*, *ashnac*. *Allpa samay*: vaho de la tierra que se produce luego de la lluvia y al volver el calor del sol; *yacu samay*; *ashnac kiwa*, es hierba aromada que se usa para limpieza y purificación del cuerpo y alma: vapor o vaho de agua que produce el arcoiris. Vaho de agua sagrada, guía para entender y valorar la función ritual. Vaho es sinónimo de energía o poder del yacumama o madre agua y este poder se conoce como *aya*, *supay* o *sinchy*, que significa espíritu de poder que se adquiere durante un baño ritual realizado en un tiempo sagrado de luna llena o nueva, según los objetivos que tenga el bañista. Los españoles consideraron a Supay como poder maligno.

Estudio de caso N° 3

Comuna de Agua Blanca

El nombre de esta comuna responde al cambio de coloración del río Buenavista, producido por la mezcla del agua con azufre esparcida en su interior, debido a la larga duración de la época de sequía, que produce un color en el agua de tipo blanquecino. La denominada Poza Honda de agua azufrada es un sitio de importancia turística del cual la comunidad toma el agua para satisfacer sus necesidades de riego.

El caso de la comuna de Agua Blanca es sustancialmente diferente al de los descriptos anteriormente. Aparece como una organización fuerte debido a los niveles de participación, los procesos de toma de decisiones y el manejo de sus e ingresos económicos.

Está ubicada dentro del Parque Nacional Machalilla y es un área que conserva muestras representativas del ecosistema Bosque Seco en el nivel nacional. Está integrada por 48 familias nucleares (cuarenta unidades domésticas), dedicadas principalmente a las actividades de ecoturismo.

Según la información contenida en el Plan de Manejo del Parque Nacional Machalilla, la comuna fue legalizada ante el Ministerio de Bienestar Social el 15 de febrero de 1965. Aunque los territorios donde se sitúa no fueron reconocidos, algunos comuneros sostienen que tienen derecho sobre 10.000 has dentro del Parque (según el reciente estudio de tenencia de la tierra, ocuparían 8.800 has). La organización comunal fue fortalecida a través de los ingresos obtenidos por personas que visitaron la comunidad, interesadas en conocer los restos arqueológicos y otros atractivos de la zona, que son manejados por el Comité Arqueológico, de los cuales un 50% se destina a la gente que trabaja directamente en esta actividad; un 20% va en beneficio directo de la comunidad según lo decidido por la directiva, y el 30% restante se asigna al des-

arrollo de infraestructura y mantenimiento del museo. Estos fondos se manejan a través de cuentas especiales.

En Agua Blanca se organizaron varios comités o grupos: Grupo Femenino, de Agricultura, Arqueológico, de Padres de Familia, de Sistemas de Agua, Pro-fiestas. Estos grupos dependieron en gran parte de la posibilidad de organizar actividades con diversas instituciones que trabajaron allí con ONGs, en programas de huertos familiares o en las actividades de rescate arqueológico. Sin embargo, la comuna dice que todos los logros dependen del esfuerzo comunitario “porque las instituciones no se acordaron de la comunidad”, y que el grupo de mantenimiento se dedicó a cuidar el museo y las ruinas “con dinero o sin dinero”.

Dentro del ámbito del Comité de Sistemas de Agua y/o en el grupo de agua, fueron desarrolladas desde hace 25 años las directrices y las reglas para el manejo del agua. Debido a que la comunidad se encuentra asentada en una zona bastante seca, tuvo que efectuar acciones innovadoras para brindar a la mayor parte de la comunidad el acceso al recurso agua. Esto fue posible a través de sistemas de agua entubada y la utilización del agua proveniente de pozos profundos del lecho del río para uso doméstico y del agua azufrada tomada de la llamada Poza de Agua Blanca para el regadío.

El sistema de abastecimiento de agua es desarrollado por la comunidad a través de la extracción de aguas subterráneas, que son conducidas a un pequeño reservorio de agua construido a tal fin, y luego distribuidas a la mayor parte de los miembros de la comunidad.

A diferencia de las experiencias anteriores, el manejo del agua se efectúa directamente a través del Comité de Agua y no de las Juntas de Agua. Las mingas siguen utilizándose como un sistema de trabajo colectivo para mantener la pequeña infraestructura destinada al manejo del agua. Los miembros de la comunidad son los encargados de reparar las tuberías de agua dañadas por las condiciones climáticas o por la producción del daño por parte de alguna persona.

Como pena máxima para el infractor que no cumpla con las reglas determinadas por el Comité de Agua, se establece la suspensión del servicio de agua.

Tabla 5: Prácticas ancestrales en el uso del agua y de los recursos naturales

Comunidad	Nacionalidad	Ubicación	Prácticas
Pueblo Sarakuro	Kichwa: origen histórico mitimaes	Noroccidente provincia de Loja	Los cabildos regulan el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. En el caso de Cañicapac, se fijó en los reglamentos la sanción para las faltas en las que se incurra en su manejo, que son aplicadas a través de la Asociación Productora de Cuyes y la Junta de Usuarios de Agua Entubada.
	Chachi: etnia ancestral	Provincia de Esmeraldas entre las cabeceras y afluentes del río Cayapas	Los bosques, la fauna y el agua son para beneficio de la comunidad, y las tierras de labranza para quien las cultiva. Las desafortunadas negociaciones entre chachis y madereros causaron una grave destrucción de los ecosistemas.

Comunidad	Nacionalidad	Ubicación	Prácticas
Pueblo Sarakuro	T'sáchila	Suroccidente de la provincia de Pichincha, alrededor del cantón Santo Domingo de los Colorados	La tierra comunal no se vende ni se hipoteca. Existen escrituras globales y el comunero cuenta con su porción individual. Cuando existen problemas se acude a la Asamblea. Se dedican a la agricultura y especialmente al cultivo de plantas medicinales para sus curaciones. El uso de los recursos naturales está sujeto a esta actividad.
	Kichwa de la Amazonía: pertenecen al llamado grupo de los Yumbos del Oriente	Provincias de Napo y Sucumbíos. Asentadas en las cuencas de los ríos Napo, Aguarico, San Miguel, Putumayo y en zonas urbanas de las capitales de estas dos provincias.	Cuando cazan comparten el venado con su familia, los amigos y vecinos, aunque el cazador se queda con la cabeza. Hay grandes problemas de deforestación, y no existen normas al respecto. Los madereros compran muy barato las trosas y los comuneros las venden, sin que el Cabildo logre imponer su autoridad.
	Awa: migrantes desde Colombia	Provincia de Esmeraldas, en el cantón San Lorenzo, parroquias de Tululbi, Mataje (Santa Rita y Alto Tambo). Se ubican también en la provincia del Carchi.	No se reguló la cacería. No se talan bosques ni se cultivan en ellos, porque es zona de reserva. Las regulaciones están a cargo de la federación. Funciona la minga, a la que acuden todos los familiares. El incumplimiento acarrea una golpiza con palo como a la culebra y luego son colocados en un cepo. Van de un lado a otro cazando y pescando.
Comunidad de Morochos	Pueblo Otavalo	Provincia de Imbabura. Cantón Otavalo.	El uso de la ladera paramal del Cotacachi por ser comunal, se encuentra limitado por las regulaciones del Cabildo. Se realizan mingas y turnos para su cuidado. Esta área está en conflicto legal con la comunidad vecina, con quien se repartieron la hacienda luego de la reforma agraria. La junta de agua regula todo lo relacionado al agua.
Comunidades Tangalí, Perugachi, Cambugán, Padre Chupa, Gualsaquí, Taminanga, Ilumán.	Pueblo Otavalo	Provincia de Imbabura. Cantón Otavalo, a orillas de la laguna	Se conserva la tradición de la minga y el "cambia manos" en la agricultura y construcción. En lo que se refiere a la administración del agua, se constituyeron juntas de agua o el propio Cabildo designa al aguatero, a la manera de Tangalí. Los sistemas de agua potable son autofinanciados. En Perugachi existe un bosque comunitario, en el que se aprovechan eucaliptos. En Tangalí se está intentando cambiarlos por un bosque nativo. En Cambugán, la Junta de Agua está facultada para multar, en el caso de que no exista agua adecuada para riego.

3. Guatemala

La gestión del agua en el nivel comunitario y las prácticas ancestrales de las comunidades indígenas están muy influenciadas por la visión, los principios, valores y sus autoridades, que constituyen la base fundamental de la herencia cultural maya.

Las principales prácticas tradicionales que realizan las comunidades indígenas y locales en muchas de las regiones de Guatemala, se relacionan básicamente con el uso del agua para consumo humano, higiene y oficios domésticos limitados. El agua, para las actividades relacionadas con el riego, la agricultura, el abrevadero de animales y los oficios domésticos como el lavado de ropa, debe ser obtenida por otros medios, ya que el agua entubada es utilizada principalmente para el consumo humano.

Las comunidades con frecuencia se ven obligadas a realizar largas caminatas para encontrar un río que les provea el agua para las actividades complementarias. El concepto del agua sagrada y el no uso del recurso, debido a que constituye un remanente único que forma parte de los sitios sagrados y que se utiliza únicamente con fines ceremoniales, es en sí misma una práctica de las comunidades (véase el caso expuesto más adelante que refleja esta práctica).

Uno de los aspectos fundamentales en relación con el uso del agua por las comunidades, especialmente las indígenas, es que el mismo es acompañado por plegarias que se hacen a la naturaleza para obtener el permiso de uso. También se hacen ceremonias acordes a su cosmovisión, que representa la relación entre el ser supremo, el hombre y la naturaleza.

Las comunidades mayas que habitan en el occidente del país representan un claro ejemplo de las prácticas que efectúan las comunidades indígenas y locales para el auto abastecimiento de agua. La Asociación Agua del Pueblo⁸³, una entidad no gubernamental que acompaña desde hace treinta años procesos de gerencia comunitaria del agua en el área rural de Guatemala, principalmente en el área norte y occidental, sistematizó la práctica cotidiana de esta comunidad. Esta práctica es un modelo eficaz y eficiente⁸⁴, que puede representarse a través de siete tesis que reflejan la incorporación de la espiritualidad maya como modo de vida y su relación con el entorno natural, que se enuncian a continuación.

Tesis 1

Las comunidades mayas de Guatemala manejan los sistemas de agua con una visión propia, que consiste en generar vida en la comunidad, y no para producir privilegios sociales o financieros para unos pocos.

Los elementos cosmogénicos que resaltan su forma de ver el mundo se basa en que el agua es fuente de vida: da vida y es la vida misma, y es del universo. De esta concepción parte la

⁸³ Documentación e información proveída por el director ejecutivo de agua del pueblo, Lic. René Estuardo Barreno en Quetzaltenango, Guatemala.

⁸⁴ Eficaz y eficiente, en cuanto aplica criterios relativos a: el precio menos oneroso sin afectar la calidad y la ejecución efectiva en el menor tiempo posible.

integración del concepto agua como un bien sagrado, que se incorpora dentro de las prácticas ancestrales a partir de la espiritualidad que acompaña la vida de las comunidades indígenas.

Tesis 2

*La cultura de organización de las comunidades se aplica a la gerencia del sistema de agua*⁸⁵.

Esta tesis evidencia que bajo la utilización de las figuras jurídicas básicas para la organización social reconocidas por el derecho formal, tales como los comités, se desarrolló un sistema de gerencia comunitaria del agua, que aun veinte o treinta años después subsiste como ejemplo claro de gestión eficaz y eficiente para la comunidad. Este sistema incluye la obtención de la propiedad de la fuente de la cual se sustrae el recurso y de derechos de paso, la aportación de jornales y de cuotas dinerarias para el financiamiento y la negociación de materiales y equipos.

Las tareas que desarrollan los comités son amplias y entre ellas se incluyen las siguientes: velar por el uso racional del agua; poder de decisión, compartido con los miembros de la comunidad; aplicación de sistemas de vigilancia que aseguren el funcionamiento o la detección de probables daños o fugas en el sistema; protección y mantenimiento de las fuentes de agua; administración eficiente del sistema; gestión de recursos financieros o apoyos adicionales, cuando los miembros de la comunidad no pueden enfrentar los costos que supone la reparación y mantenimiento del sistema; aplicar sistemas de racionamiento del agua. Cabe destacar también el aporte voluntario en horas realizado por hombres, mujeres y niñas durante este proceso.

Lo expuesto refleja cómo se fortalece la capacidad de gestión y autogestión que realizan los comités y los miembros de las comunidades para abastecerse de agua. Los acuerdos a los que se arriba por medio de negociaciones, para obtener los derechos de paso de las tuberías a través de bienes inmuebles que son propiedad de terceros, son el resultado de un proceso largo y complejo, particularmente cuando alguno de los propietarios se niega a otorgarlo o cuando este derecho tiene un costo dinerario adicional para la comunidad.

En los casos en que no se llega a un acuerdo entre los miembros de la comunidad y el propietario, se recurre a una gestión con el gobierno local (alcalde municipal y su corporación) que acompaña a las comunidades para llegar a un acuerdo sobre los términos del derecho de paso.

En los supuestos de compraventa de nacimientos de agua que proveen de agua a las familias beneficiadas, cuyos precios ascendieron abruptamente, el alcalde interviene a fin de que la comunidad pague un precio acorde a sus posibilidades. Puede ocurrir que durante ese proceso también la alcaldía apoye a la comunidad con recursos financieros, para complementar el precio y hacer posible la compraventa.

El tema de la compraventa de nacimientos de agua es objeto de una discusión legal, debido a que la constitución guatemalteca vigente señala claramente que todas las aguas son de domi-

⁸⁵ “La organización es una cuestión ligada a la cultura comunal que se deriva de la cultura maya donde la organización es un medio para la vida y el bienestar comunal”, Agua del Pueblo, 2006.

nio publico, inalienables e imprescriptibles. La anterior contenía un artículo final transitorio, en el que se establecía expresamente que mientras no se dictara una Ley de Aguas que regulara el tema en forma integral, continuarían vigentes los artículos del Código Civil relativos a las aguas, que datan de los años 30. Éstos contienen disposiciones referidas al reconocimiento de la propiedad privada de ciertas aguas, motivo por el cual aún se realizan las compraventas de nacimientos de agua.

Tesis 3

Los recursos humanos comunitarios están capacitados para realizar el mantenimiento y las adaptaciones técnicas de los sistemas de agua.

El acompañamiento efectuado por los organismos no gubernamentales incluyó un programa de capacitación y formación de técnicos de apoyo, para asegurar la sostenibilidad técnica del sistema. Éstos se denominan fontaneros comunitarios y trasladan sus conocimientos a otros miembros de la comunidad, replicando de esta manera el conocimiento adquirido. Ello permite un adecuado grado de autonomía técnica, y asegura a la comunidad el manejo de sus propios sistemas de agua.

Tesis 4

Los comités aplican principios culturales propios en el manejo financiero.

Los miembros de la comunidad efectúan aportes dinerarios para asegurar el sostenimiento básico del sistema, que incluyen una cantidad mínima que es destinada al ahorro y que será utilizada en casos de emergencia. A su vez, contempla un aporte mínimo, necesario para asegurar la celebración de las ceremonias del grupo. Los miembros que integran los comités donan sus servicios, para asegurar el bienestar de sus familias y de la comunidad. Estos servicios pueden tener una duración de hasta cuatro años, son voluntarios y gratuitos.

La fiscalización de los recursos está a cargo de una persona que es designada a tal fin y que integrará el comité, en función de la “confianza” que inspira a la comunidad. El criterio utilizado para su nominación es su “honestidad”⁸⁶, cualidad que asegurará que el elegido haga un buen uso de los recursos de la comunidad.

Tesis 5

La organización comunitaria realizada a partir del agua se proyecta hacia otros niveles de organización de la comunidad.

Las funciones de los comités de agua, que son entes autónomos e independientes cuya función es fundamental para la comunidad, trascendieron hacia otros niveles de organización de la

⁸⁶ El significado aplicado por la comunidad para una persona honesta u honrada, se extiende a que dada esa calidad, la persona también se conduce bajo los términos de la legalidad que se manifiesta a través de la expresión: “entregaron las cuentas cabales”. La responsabilidad de los comités de agua se extiende no sólo a hacer las cosas bien, sino que a partir de ello se genera confianza, transparencia, probidad, excluyendo totalmente el elemento de lucrar, es decir, que el factor de ganancia en sí misma no está presente en el sistema.

misma. Ello hizo que se transformaran en comités de gestión integral, que intervienen en otros aspectos de la comunidad tales como: obtención de viviendas, construcción de escuelas, provisión de energía eléctrica, programas de salud, etcétera. Los comités –entidades ubicadas en un primer nivel– también se incorporan en otros niveles de organización (segundo o tercero), que son las escalas nacionales y regionales.

Tesis 6

La capacidad organizativa, técnica y la sabiduría comunitaria son eficaces en momentos de desastre.

En casos de riesgos y daños causados por fenómenos naturales, el comité tiene capacidad de reacción en el corto plazo. Ello ocurre en el caso de tormentas de relativa intensidad, que hacen colapsar los sistemas de prestación de servicios. La velocidad y efectividad en la reacción de los comités posibilitaron la devolución del servicio de manera más rápida (dos semanas) que los sistemas operados por el propio gobierno (en tales casos las comunidades afectadas estuvieron hasta tres meses sin que se les reinstalaran los servicios). El elemento básico que fundamenta el accionar de los comités es el principio de sabiduría sumado al de solidaridad, previsión y servicio oportuno a la comunidad. En forma previa a la decisión se hace una consulta a los ancianos, quienes como depositarios de la sabiduría indican el momento oportuno para proceder a la acción.

Tesis 7

El modelo de gerencia comunitaria de agua puede constituir la base para formular una política pública de gerencia de agua y saneamiento.

Debido al número creciente de comités de agua que tienen a su cargo la administración de los sistemas de agua de sus comunidades, debería promoverse su constitución en diversas regiones del país y formularse una política pública que los fortaleciera, considerando su eficacia y eficiencia operativa, sustentada en la herencia maya comunitaria y el ejercicio de los principios sobre los que se basa su cosmovisión.

Estas experiencias son fundamentales para organizar a las comunidades que aún no cuentan con el servicio de agua entubada domiciliaria y de saneamiento básico, que representan más de cuatro millones de guatemaltecos. A tal fin deben tenerse en cuenta los compromisos asumidos por el Estado, quien debe contribuir al cumplimiento de las Metas del Milenio y la reducción de las poblaciones que no tienen acceso a servicios básicos tales como el acceso al agua.

Estudio de caso N° 1

Comunidad maya mam⁸⁷

El estudio se realizó en el área protegida volcán y laguna de Chicabal, que se encuentra en la parte sur de la cabecera del municipio de San Martín Sacatepéquez del Departamento de Quet-

⁸⁷ Laguna de Chicabal, San Martín Sacatepéquez, Quetzaltenango, Guatemala, María Victoria García Quiex.

zaltenango. Su ubicación geográfica sobre la base de la hoja cartográfica es de 14 grados 46 minutos y 06 segundos latitud N y 91 grados, 39 minutos y 08 segundos longitud O. El volcán Chicabal es un cono bien formado, sumamente boscoso, húmedo, frío y generalmente cubierto de niebla. En el fondo de su cráter se encuentra la laguna Chicabal, aproximadamente a 2.700 msnm. En el área predominan comunidades maya mam, siendo el idioma principal el mam.

A su vez, refleja de qué manera las comunidades ven sagrado a este lugar y como a través de diferentes ritos, ceremonias y visitas manifiestan su agradecimiento hacia el *ajaw*, hacia la naturaleza, hacia la vida misma. El agua es sagrada dicen los abuelos, y así, porque bien lo expresan: “Chicabal nuestra madre agua”.

Aquí se presentará el caso de la laguna Chicabal, ubicada en el cráter del volcán Chicabal que se encuentra a una altura de 2.712 msnm, y forma parte del cráter del volcán. Esta laguna tiene casi una forma de elipse y su diámetro es de 500 m.

Por generaciones, la laguna fue vista como un lugar sagrado, aunque en años anteriores un propietario latifundista intentó llevar el agua a su finca, para utilizarla como agua domiciliaria y para riego. Esta iniciativa fracasó debido a las condiciones topográficas. También existieron agricultores que utilizaron el recurso para realizar el lavado de bombas, fumigar o realizar combinaciones de venenos con agua como fungicida e insecticida. La laguna fue utilizada también para la producción piscícola, a partir de la introducción de la carpa común, que produjo daños en el equilibrio ecológico del área.

Como consecuencia de los impactos causados ya sea por el uso del agua para actividades de fumigación o por la introducción de especies exógenas, se contaminó el agua y alteró el equilibrio ecológico de la laguna. Sin embargo, predominó el “no uso”, ya que la mayor parte de las personas que visitan el lugar provienen de comunidades indígenas y lo ven como un área sagrada de la cultura maya mam.

A diferencia de otros lugares, la laguna Chicabal es considerada como un lugar sagrado, principalmente por la cultura maya mam. Esto hace que el lugar sea de acercamiento espiritual con la naturaleza y con esa misticidad que la caracteriza. Guatemala tiene diversas lagunas y lagos en su territorio, pero Chicabal es el único lugar en el cual se hacen rituales directamente sobre la orilla de la laguna y existen más de treinta altares permanentes ubicados a su alrededor. Puede afirmarse que Chicabal es el sitio sagrado más importante de la cultura maya mam.

Las prácticas directas en cuanto al uso del agua están limitadas por la visión que reza así: “El agua es sagrada, por lo tanto merece respeto”. Partiendo de esta base, el agua es utilizada en forma limitada durante las ceremonias para el ritual; para “limpiar” el cuerpo de alguna enfermedad (las personas toman con sus manos un poco de agua y la pasan por sus brazos, cara o alguna parte de su cuerpo); para llenar una botella de agua y llevársela a su hogar, dándole con ello un trato de agua “bendita”. Se cuenta que anteriormente la laguna era rodeada totalmente de flores, que eran colocadas durante la ceremonia.

El volcán y la laguna de Chicabal forman parte del patrimonio cultural de la nación y conforma un centro ceremonial de importancia. Esta visión se incluye en los Acuerdos de Paz, que definen específicamente el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, en los que nombran los derechos culturales de la siguiente manera:

- Espiritualidad: se reconoce la importancia y la especificidad de la espiritualidad maya como componente esencial de su cosmovisión y de la transmisión de sus valores, así como la de los demás pueblos indígenas.
- Templos, centros ceremoniales y lugares sagrados: se reconoce el valor histórico y la proyección actual de los templos y centros ceremoniales, como parte de la herencia cultural, histórica y espiritual maya y de los demás pueblos indígenas.

Estas prácticas son ancestrales y así lo reconoce la Comisión para la Definición de Lugares Sagrados (creada como resultado de los Acuerdos de Paz), quien declaró el 14 de agosto de 1997 a la laguna Chicabal como “lugar sagrado”.

Existe una asociación denominada Asociación de Agricultores Ecológicos (ASAECO) cuya principal actividad consiste en promover el manejo sostenible del volcán Chicabal. Sus integrantes pertenecen a la cultura mam y son originarios de San Martín Sacatepéquez, específicamente del Caserío Toj Mech y dos asociados de Talcanac y Tojcon.

La ASAECO está organizada de manera similar a los entes comunitarios. Cuenta con una asamblea de miembros, que es el órgano superior y con una Junta Directiva integrada por un presidente, vicepresidente, tesorero, secretario, cuatro vocales, una Comisión de Vigilancia y observadores.

Las autoridades que tienen injerencia directa en la administración de la laguna son las siguientes: ASAECO, CONAP (Consejo Nacional de Áreas Protegidas) y la Municipalidad de San Martín Sacatepéquez.

Chicabal es visitado por varias personas de diferentes orígenes culturales y las prácticas ancestrales a partir de la realización de ceremonias en la laguna son realizadas principalmente por personas de origen maya mam y maya *k'iche'*, que son las dos culturas que predominan en la región. Para los maya mam la relación con el cosmos y la comunidad se ve en la reciprocidad y siempre se debe agradecer lo que se recibe de la naturaleza. Las ceremonias, que se realizan en la laguna como lugar sagrado, son un ejemplo de esta reciprocidad. Para los maya *k'iche'* la relación es similar a la descripta.

Una de las fechas en la que la laguna es visitada es el 3 de mayo, Día de la Cruz, principalmente por personas de la cultura maya *k'iche'*. En el transcurso del año se efectúan diferentes visitas y ceremonias por parte de los sacerdotes mayas, que provienen de diferentes puntos de la república.

Existen distintas versiones acerca del origen del nombre del volcán y de la laguna. Para unos *chikabal* se deriva del término *wuchkab'al*, que traducido al español significa truenos. Este nombre se debe a que el lugar es montañoso y en las cercanías de la laguna en invierno los truenos son muy fuertes. Se considera un lugar sagrado y por eso mismo la población lo considera como un lugar donde se pide por la lluvia⁸⁸.

⁸⁸ ONIL TNUM, Toponimias *Kyb'il Kojb'il*, San Martín Sacatepéquez, ADECOT.

Sac⁸⁹ sostiene que “la religiosidad popular maya permite establecer un diálogo constante a través de las diferentes manifestaciones rituales conocidas como xukulem o ceremonia maya con las fuerzas del cosmos Ajaw. Estas ceremonias tienen lugar en Tab’ales o altares ubicados en el de la naturaleza misma y en sintonía del ser humano con el universo. En la práctica del xukulem o ceremonia maya se ejercita el cómputo del tiempo a través de los calendarios Ab’ (solar) y Cholq’ij (lunar)”. Esto se ve en los rituales o ceremonias que se hacen en la laguna de Chicabal.

El volcán y la laguna de Chicabal son en su conjunto un lugar sagrado en el cual se manifiesta la espiritualidad maya, es visitado constantemente para efectuar ceremonias pidiendo por la salud, por la vida, por la agricultura y por nuevas oportunidades económicas como viajes a los Estados Unidos⁹⁰. Así lo refleja el poema del escritor tineco Vásquez que dice:

Toj Qtxuyil⁹¹

Qo qe xe’l twi wutz

K ‘ululte qtxu A’

Ok xe’l q-qani’n te:

Tun t-tzaj tqo’n

qman jb’al te quwil.

Lay ku’x qtz’ilsa’n

Nimxi’x toklen qtxu A’.

“A qchwinqlal ju”

Q’umb’enxte

kyu’n q’tzun qchman.

Se les preguntó a varios sacerdotes mayas⁹² y a las personas entrevistadas por qué consideraban a la laguna de Chicabal como un lugar sagrado, y contestaron lo siguiente⁹³:

“Bueno, una explicación de la tradición oral es que dicen los abuelos que allí nace el agua verdad, y yo logro entender que por el mismo entorno natural que allí se genera el ciclo de la lluvia, se genera el ciclo de la humedad pero aparte no tengo yo una referencia inmediata pero para nosotros todos los lugares que los abuelos han identificado como sagrados es porque de ellos se manda energía de la naturaleza”.

“Como dicen, no como dicen, así es, porque dice chuib cabal, es como agua, como un mar bonito, a la laguna respetémosla así”.

⁸⁹ Sac, A., *Aportes de la espiritualidad maya al desarrollo sostenible*. Tesis de Maestría en Gerencia para el desarrollo sostenible, Universidad Autónoma de Madrid, España, Instituto Chipixab’, Quetzaltenango, 1998.

⁹⁰ Según menciona un sacerdote maya entrevistado.

⁹¹ A la laguna // Vamos a ir al cerro a saludar a la laguna, le vamos a pedir: que mande la lluvia para nuestras siembras. No la ensuciamos es sagrada la laguna, “Es nuestra vida”, así lo dicen nuestros abuelos.

⁹² *Ajkab’* (idioma mam), *ajq’ij* (k’iche’) // En la actualidad se le da nombre de sacerdote maya, guía espiritual, contador del tiempo a los guardadores y transmisores de los principales rasgos de la práctica de la espiritualidad maya.

⁹³ Se respetó textualmente la desgrabación de las entrevistas.

“La laguna ha sido considerada como un lugar donde existen buenas energías, donde la gente puede hacer contacto con el ser supremo, entonces ese es el valor que existe, que en un futuro sean como hechos conmemorativos del lugar pero especialmente cuando la gente tiene motivos para agradecer al ser supremo, para las cosechas o por nacimientos de sus hijos o por las enfermedades y otras cosas más, ese lugar es muy importante para el área mam”.

“Uno es porque es una laguna que desde el principio no estaba contaminada y era respetada, ¿sabe por qué?, porque como dicen los antepasados que el nombre Chicabal hay una palabra en nuestro idioma quiere decir trueno en castellano de señal antes de llover, por ejemplo si hay un mal tiempo digamos, ejemplo ahora es un buen tiempo pero si truena la laguna de aquí a mañana entonces va a haber temporada de aquí en adelante, de aquí en 15 días va a haber temporada de 2 a 3 días porque tronó la laguna por eso truena ahora en nuestro dialecto mam quiere decir una cosa que truena, entonces nuestros antepasados dicen así y además también dicen nuestros asociados que dice la Biblia hay cosas naturales que dejó Dios que no se pueden tocar, hay cosas que no se pueden tocar, ejemplo: Dios dejó tres aguas, es la laguna, se puede decir, hay primer agua que está en el huerto que sirve para riego, hay agua que dejó Dios donde cualquier persona se puede bañar, y hay la laguna que dejó Dios no se puede tocar, quiere decir que es como el maíz o la lluvia no sé, y además Dios dejó una palabra que el hombre cuide la naturaleza”.

“Yo creo que es el lugar más buscado, más sagrado para la gente mam, en este caso lo más importante del lugar es porque existe agua y todo y eso le da como mayor importancia para la gente, verdad, porque hay lugares aquí en Xela hay lugares sagrados para las gentes, pero este lugar es como más apreciado porque hay de todo y más por el agua”.

La visita masiva al área se realiza el día Jueves de Ascensión, conocido también como la Última Rogativa por la Lluvia, cuarenta días después de Semana Santa. En esta ocasión llegan al lugar más de 6.000 personas para participar de las ceremonias que se realizan, para conocer el lugar o para cortejar. Ese día es de fiesta principalmente para la cultura maya mam, ya que la mayoría de las personas son de la región. En el siguiente poema se refleja la invitación para visitar el lugar:

Madre⁹⁴

*Vamos a saludar a nuestra madre,
 “Laguna de Chkab'al”
 Nos ha dado de mamar
 Como a las plantas y a los animales.
 ¡hoy comeremos y beberemos junto a ella!*

⁹⁴ Vázquez, P., *En el papel de los que aman*, 2003.

También se les preguntó a las personas entrevistadas sobre el día de la Última Rogativa por la Lluvia, quienes lo describieron de la siguiente manera:

“Es una fiesta sagrada que se realiza 40 días después de la semana santa, es por la Ascensión del Señor”.

“Claro, una explicación que yo le encuentro es que nuestros abuelos para poder seguir practicando o seguir ejercitando en el cómputo del tiempo y los días específicos según el Chol-q’ij calendario sagrado tuvieron que esconderlo detrás de prácticas católicas a esa vuelta es que a muchos de los lugares les pusieron nombres de santos, y una de esas posibles explicaciones es que vamos celebrando la asunción del señor, porque eran perseguidos por practicar el ejercicio de su espiritualidad eso es más puras expresiones una vez que se vinculaba por algo católico entonces los curas aceptaron más libremente esas prácticas; pero, los abuelos debajo de eso escondían siempre el ejercicio de la espiritualidad del pueblo maya, por eso hay celebraciones que jueves santo que el día de los santos que el día de la cruz pero muchos abuelos por ejemplo mencionan la fiesta de la cruz es en una época cuando la milpa empieza a echar hojas, por eso la cruz que aparece en algunos códices o algunas estelas tiene detalles de mazorca de maíz y de hojas de milpa”.

“El día de asunción hay cosas positivas y negativas, algo positivo es que la gente sube, la gente está en el área mam con el objetivo de pedir salud, por sus siembras y todo eso, eso es muy valioso para nosotros en el área cultural, ahora lo malo es que mucha gente llega para hacer otras cosas. Bueno, yo creo que está bien pero también debe de hacerse con medidas necesarias, mucha gente llega con música, llegan con consumo excesivo de alcohol, no solo por los accidentes que puede haber, si no por el lugar del valor que tiene, yo creo que las organizaciones indicadas informen que es un lugar muy sagrado y el respeto que debe de ser para todos, también aprovechando con algunas normas que ahí debe de tomarse esa norma en cuanto a ese aspecto para que la gente no llegue a ese lugar, no sé cómo hacer, pero creo que hay muchas organizaciones que están interesados ahí, tal vez por decir algo en la venta de alcohol allí, alimentos. Yo creo que sí se puede pero deberían de haber unas normas por ejemplo que no tiren muchas bolsas o que hagan depósito de basura, eso lo malo que se ve en ese lugar, provocan accidentes, relajos de la gente. Y la gente que va para comunicarse con el ser supremo pues es también interrumpida, y ya no lo pueden hacer con tranquilidad”.

Estudio de caso N° 2

Comunidad ixil⁹⁵

Las prácticas tradicionales relacionadas con la gestión de los recursos hídricos en la región ixil se fundamentan en la cosmovisión maya acerca de la visión de integridad y complementariedad de los recursos naturales.

⁹⁵ Prácticas tradicionales de los recursos hídricos en la región ixil, Felipe Marcos Gallego.

El agua no es concebida como un elemento independiente de los demás recursos naturales, sino que existe en función de los otros recursos como el bosque y el propio suelo, ya que constituye un recurso natural importante para la población ixil. Según ellos, el agua es la sangre misma de la tierra.

Los principios que respaldan las actividades de la población ixil y que se relacionan con la utilización o aprovechamiento de los recursos naturales emanan de su propia cosmovisión, que representa toda una filosofía de vida, y son los siguientes:

- Principio de la condición de poseer vida: para el indígena maya ixil, todos los componentes naturales poseen vida y tienen cualidades de sentir. Por tal motivo, es importante solicitar un permiso al recurso agua, en el momento en que se destine su utilización para las diferentes necesidades humanas.
- Principio del respeto al recurso natural de mayor jerarquía: la montaña es el recurso más respetado, ya que en ella se integran y sobreviven los demás recursos naturales como el agua y el bosque. Es por esto que cuando se piensa en aprovechar el agua es necesario analizarlo en su contexto más complejo en términos de complementariedad.

Las actividades emprendidas para la gestión sostenible del recurso agua poseen un carácter más preventivo que reparador, ya que se practican a diario desde el seno de la familia a través de relatos y cuentos. En estos se refleja el cambio de la condición humana en animal para quienes infrinjan las prácticas ancestrales, que son transmitidas de generación en generación por medio de la expresión oral.

Las principales normativas son las de carácter divino, que son aplicadas por el ser supremo sobrenatural a los que no consideran las prácticas ancestrales en sus actividades diarias relacionadas con el agua. Las normas incluyen formas de coerción por medio de llamadas de atención verbal y constructivas, en el marco del respeto y la armonía social, aplicadas principalmente en el ámbito familiar y pocas veces en el ambiente comunitario, ya que los conocimientos se transmiten en la familia.

Porque las comunidades indígenas utilizaron el agua de manera comunal, disponiéndola en sus diferentes formas para satisfacer sus necesidades básicas: abastecimiento humano, higiene personal y de más actividades cotidianas de la población

Todas estas prácticas son de vital importancia para el manejo sustentable de los recursos naturales, ya que se busca una auténtica armonía ambiental no sólo entre el hombre y la naturaleza, sino más bien entre los diferentes elementos naturales y la actitud racional del hombre cuando interviene para satisfacer sus necesidades básicas. Antes de la evangelización de las comunidades ixiles de Chajul, las mujeres de los caseríos que estaban a punto de dar a luz tenían que venir al pueblo (núcleo urbano), porque para ellos los ríos de las montañas no podían ser manchadas con los desechos que corresponden al nacimiento de un nuevo ser humano.

El modelo de vida del ixil le permite ver su entorno como un ecosistema, en el cual todos sus elementos, ya sean bióticos o abióticos, tienen cualidades de sentir. Cualquier alteración repercutirá en la salud y el bienestar del hombre. Sobre esta base se concluye que las poblaciones indígenas conviven y pueden seguir conviviendo de manera armónica con sus recursos naturales.

Tabla 6: Prácticas ancestrales en el uso del agua y de los recursos naturales

Prácticas	En qué consisten	En qué se basan	Cómo lo hacen	Por qué lo hacen
Plegarias tradicionales	Las personas que utilicen el agua deben pedir permiso a los dioses del agua y de la montaña por medio de una oración.	Porque con el simple hecho de su utilización se perturba su condición natural y aún más cuando se ensucia el agua, influir en las personas causando enfermedades.	Se efectúa una ceremonia maya en la orilla de los ríos que serán objeto de actividades humanas, utilizando velas e incienso.	Se pretenden mantener las condiciones naturales del recurso agua, la armonía hombre-agua y la tranquilidad de la población.
Actividades de honra	Cuando deba llevarse agua a una casa, ya sea entubándola o desviando su cauce principal, un sacerdote maya tendrá que rendir una ceremonia para honrar el nacimiento.	Cuando se alteran las condiciones naturales de un río, desviándolo a otro sitio para ser utilizado, el espíritu del agua se enoja, lo que puede revertir contra la comunidad, causando enfermedades.	Ceremonia maya en el nacimiento o lugar donde se altere las condiciones naturales del agua, por medio de inciensos y agua bendita.	Para evitar los efectos de las acciones decididas en relación con los usos del agua.
Lavado de: ropa, <i>nixtamal</i> e higiene personal	Consiste en utilizar el agua de acuerdo con las necesidades familiares de la comunidad.	Fue una manera de utilizar sólo los ríos, debido a la falta del servicio de agua, ya sea entubada o potable en cada hogar.		Porque las comunidades indígenas utilizaron el agua de manera comunal, disponiéndola en sus diferentes formas para satisfacer sus necesidades básicas: abastecimiento humano, higiene personal y de más actividades cotidianas de la población.

Las comunidades indígenas no entienden que sus características y cualidades deban ser reconocidas en forma separada de los recursos naturales, ya que su convivencia con el entorno es de manera ordenada y apegada a su cosmovisión. Las actividades de gestión de los indígenas ixiles no se efectúan únicamente en relación con el recurso agua, sino integralmente en términos de racionalidad natural. El sistema jurídico propio está integrado por los valores y costumbres, y la propia cultura de los ixiles es respetuosa cuando realiza el aprovechamiento de los recursos naturales en forma racional. Fragmentarla o dar la razón a sólo una parte de ella significaría alterar sus mecanismos de interrelación y dependencia.

Dentro de los mitos relacionados con la gestión racional del agua podemos mencionar los siguientes: prohibición de encontrarse en la orilla de un río, porque la persona puede ser atraída por el espíritu del agua y ahogarse; el ombligo de un recién nacido era tirado en los ríos considerados importantes para las actividades futuras del niño, para que cuando fuera de viaje en una edad más adulta, el espíritu del agua lo protegiera (los ombligos son tirados en el río de Sacapulas porque es atravesado por todas las personas que realicen un viaje al departamento

de El Quiché). Otras creencias relacionadas al agua dicen que si un hombre se pone el corte⁹⁶ de las mujeres, corre el riesgo de ahogarse en cualquier río y que cuando una mujer resulta ser alta, pasó la mayor parte de su tiempo efectuando actividades en los ríos o en cualquier forma en la cual se encuentra el agua.

La organización de las comunidades del área ixil en torno al agua se materializa en un Comité de Agua cuyas funciones son las siguientes: gestionar las actividades que garanticen el acceso al agua para las poblaciones rurales; velar por el buen mantenimiento de las fuentes de agua (nacimientos); limpieza de tanques de captación y distribución; control sobre el adecuado uso de los servicios de agua entubada, particularmente en áreas con escasez de agua; y actividades de concienciación para la no contaminación de los ríos.

4. Paraguay

En Paraguay, el Chaco abarca la región occidental del país. Es una alta planicie aluvial con una pendiente suave hacia el este. Hacia el oeste se registra la zona de menor precipitación, con 400 mm/año, de base arenosa a franco arenosa y vegetación xerofítica. Representa el 66% de la superficie del país, pero se halla muy poco poblada, asentando sólo al 3% de la población paraguaya. Hasta hace muy pocos años, el Chaco, por sus características geográficas, había permanecido semi aislado de la vida nacional. La parte oriental del Chaco está bordeada por el río Paraguay, es húmeda y está entrelazada por ríos pequeños, zonas de pastos inundables y palmeras. Las selvas están tachonadas con árboles de madera dura como el quebracho colorado, de gran valor comercial, y el palo borracho. La lluvia es menos frecuente en la parte central del Chaco y la vegetación incluye bosques de palo duro y arbustos espinosos intercalados por prados y lagos que van de salados a turbios. Más al oeste, el Chaco se extiende bajo la sombra lluviosa de las montañas andinas.

La mayoría de las etnias que subsisten en el Chaco son o fueron básicamente cazadores y recolectores. Existen ciertos rasgos básicos que son compartidos por estos grupos, lo que provocó que fueran tachados de “irracionales”, cuando se los evaluaba a partir de los principios de la economía occidental (racionalidad de las decisiones económicas, maximización de bienes y mínimo costo). Los cazadores recolectores son definidos como “personas que recurren a las reservas naturales existentes para obtener alimentos y otras necesidades materiales esenciales para subsistir, o que transforman la naturaleza en forma limitada, utilizando lo que está a su disposición”⁹⁷. Mientras que la economía occidental se basa en la producción y en la transformación de la naturaleza, la economía cazadora recolectora lo hace en la apropiación de los recursos ya existentes.

⁹⁶ El corte es la falda que usan las mujeres indígenas, confeccionado con un pedazo de tela de 3 o 3.5 metros, que éstas envuelven alrededor de su cintura y cadera.

⁹⁷ Conferencia Episcopal Paraguaya: Tierra y sociedad. Problemática de la tierra urbana, rural e indígena en el Paraguay.

Estudio de caso N° 1

Comunidad ischir

Los ishir/chamacoco (autodenominados *Yshyr Ybytoso* y el subgrupo *Yshyr Tomaraho*) viven en el Departamento de Alto Paraguay, a lo largo del río Paraguay. Su población actual es de 1.571 personas, según el censo de 2002 (DGEEC, 2004) y poseen 25.828 hectáreas (el censo indígena de 1981 dio una población de 963 personas y según Stahl, unas 1.025). Se encuentran principalmente en las localidades ribereñas de Puerto Diana, Puerto Esperanza y Santa Teresita, además de Karchabalut (14 de mayo) lugar sagrado de la etnia, Puerto Caballo y María Elena (Tomaraho).

El Chaco, llamado *acemyt* por los ishir, es el espacio vital de subsistencia que además tiene su significado simbólico y religioso. El Chaco tiene sus dueños *yinysoro*, que lo cuidan permanentemente de la influencia de extraños de otras etnias que antiguamente no podían traspasar los límites que pertenecían a la etnia⁹⁸.

Antiguamente, el Chaco antiguamente estaba dividido en el *áric*, el campo abierto, el *xupyt yrmic*, monte alto, y el *epyrpe*, monte bajo. Estos tres espacios constituían tres diferentes fuentes de recolección y caza y correspondían también a diferentes ciclos anuales.

Además, dentro de estos espacios físicos se diferenciaban:

- El monte tupido donde abundaban los armadillos;
- El monte de caraguatal⁹⁹ que, además de proveer la materia prima para las redes, brindaba agua durante la época de sequía;
- El monte donde crecía el poroto silvestre, una fuente básica de subsistencia;
- El monte con lagunas donde crecían las frutas silvestres;
- Los cañadones que se elegían de asiento de las comunidades¹⁰⁰; y
- Las pequeñas islas de monte donde se refugiaban en forma transitoria¹⁰¹.

La búsqueda de agua era antiguamente un problema de subsistencia de gran importancia y tenía a su vez implicancias sociales. Las familias se juntaban alrededor de las comunidades que

⁹⁸ Basado en el estudio: *Ishir. Una cultura que sobrevive*, IDEA, Asunción 2005.

⁹⁹ Caraguatal: agrupación natural del Caraguatá (*Bromelia sp.*) planta de la familia de las bromeliáceas de la cual se obtienen las fibras utilizada en la textilera indígena. Las bromeliáceas, por su estructura vegetal, tienen la capacidad de acumular agua en su interior, lo cual es aprovechado por diversas formas de vida. El agua acumulada en los caraguatales permite a las comunidades contar con agua en época de escasez y usar esos sitios como lugar de cacería.

¹⁰⁰ Cañadones: depresiones naturales del terreno capaces de acumular agua en la época de lluvias.

¹⁰¹ Susnik, B., *Chamacocos: Cambio cultural*, Asunción, editado por el Museo Etnográfico Andrés Barbero, 1995, ps. 29 y siguientes.

poseían los caraguatales. El hombre conocedor de los caraguatales era muy estimado y sumaba su prestigio dentro de la comunidad por ser el proveedor de agua segura para su gente. Ofrecer líquido fresco a los visitantes era muestra del bienestar de una comunidad.

Mitológicamente la importancia del agua se especificaba a través del agua de lluvia y sus dueños, los míticos pájaros de lluvia, que eran llamados por los shamanes, como así también del mítico *Ñoi Yory*. Este animal acuático era dueño de todas las lagunas, ríos, riachos y su presencia en las lagunas o aguas de riachos impedía acceder al líquido vital. Los mitos hablan sobre cómo los antiguos se las ingeniaron para “robar” el agua al mítico animal. Hay tres robos culturales importantes que los ishir realizaron a los seres míticos: el agua, el fuego y la carne gorda. Los hombres hicieron también un pacto mítico de amistad con los pájaros de la lluvia para que les proveyeran el líquido cuando hacía falta, a través de los rituales realizados por los shamanes.

Otro gran problema en la vida de los ishir antiguos era la “falta de piso seco”, es decir, la falta de lugar seguro en ocasión de las crecientes. La falta o abundancia del agua era el motivo central en la vida económica y también religiosa de estos grupos. Ya en el siglo XIX, los ishir fueron acercándose al río Paraguay, pues antiguamente se relacionaban más con el Riacho Negro.

El *Onota*, el río Paraguay con sus dos orillas, causaba en los primeros tiempos un gran temor no solamente por las incursiones de los Mbaya, antiguos enemigos, y por el poder mágico de sus chamanes, sino porque se trataba de un “gran río” comparable al río *Cesimaniy* mítico. El río, sin embargo, constituye también la seguridad y la garantía de tener el líquido vital en forma permanente. Desde el interior del Chaco fueron realizando excursiones periódicas en busca de agua, hasta que finalmente se asentaron definitivamente a orillas del río.

La búsqueda de los caraguatales, algarrobales para la subsistencia, riachuelos y lagunas para la pesca, o la búsqueda del “piso seguro”, marcaban el modo del asentamiento y el movimiento de todas las aldeas, hasta que finalmente se asentaron a orillas del río Paraguay y poco a poco las comunidades fueron haciéndose sedentarias. Sin embargo, los indígenas continuaron y continúan, hoy en día en menor medida, sus excursiones al interior del Chaco, en búsqueda de caza y recolección.

4

Relación entre el derecho consuetudinario y el derecho escrito

La superposición y tensión que existen entre los sistemas indígenas y de otras comunidades locales, y el sistema formal, más las diversas posturas vigentes respecto de la jerarquía que deben tener estos sistemas al momento de su aplicación, hace necesaria una evaluación en cada uno de los países objeto de estudio, en relación con esta temática. Ello a fin de identificar los puntos de conflicto entre ambos sistemas y prevenirlos mediante procesos de diálogo y fijación de reglas y criterios respetados por ambas partes, para promover a su vez la coexistencia y convivencia entre los sistemas informales y el sistema formal o escrito.

1. Colombia

En la legislación nacional sobre comunidades indígenas y negras se hace mención al derecho propio y a las atribuciones de sus autoridades y autonomía. También se contempla allí una jurisdicción especial indígena. El hecho de que estas comunidades cuenten con formas de gobierno, un sistema de gestión y control social, y sistemas normativos propios que los distinguen de otras comunidades, constituye un elemento integral en su definición.

El Convenio 169 de la OIT obliga a las partes a tomar en cuenta las costumbres y/o el derecho consuetudinario de los sujetos del convenio, cuando se les aplican las normas nacionales. Los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, cuyo único límite es que no sean incompatibles con los derechos fundamentales del país ni con los derechos humanos reconocidos internacionalmente (art. 8).

La Constitución establece que los territorios indígenas están gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de las comunidades¹⁰². Entre sus funciones se encuentra la de velar por la preservación de los recursos naturales y diseñar las políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo (art. 330, CP).

¹⁰² Según Gentes, el derecho consuetudinario se refiere a las prácticas repetidas en forma inmemorial, que la colectividad acepta como obligatorias. Por ser derecho, no se trata solo de prácticas aisladas, sino que se refiere a la existencia de un sistema de normas, procedimientos y autoridades, al que el concepto consuetudinario fija en el tiempo, por un proceso de repetición. Señala también que no es suficiente reconocer en el sistema formal una estructura de derecho consuetudinario, sino que además se debe reconocer los derechos específicos que resultan de dicha estructura o compensarlos. Para ello Gentes cita a Solanés, M. y Getches, D., *Prácticas recomendables para la elaboración de las leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico*, Washington, BID/CEPAL, 1998.

El Decreto 2164 de 1995 señala que los “resguardos indígenas son una institución legal y socio-política de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio” (art. 21).

A su vez, este decreto dispone que los resguardos indígenas son manejados y administrados por los respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades¹⁰³, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial en la materia y las normas que sobre este particular adopten aquellas. Al cabildo o autoridad tradicional se le confiere el carácter de entidad pública, como representante legal y autoridad, que lo coloca en el mismo nivel que otras entidades del Estado.

Para recibir en propiedad colectiva las tierras que pueden ser adjudicadas, una o varias comunidades negras pueden formar un consejo comunitario, que como persona jurídica es la máxima autoridad de administración interna de acuerdo con la Constitución, la ley y los mandatos que le asigne “el sistema de derecho propio de cada comunidad” (art. 3, Decreto 1745 de 1995). El Consejo está integrado por la Asamblea General y la junta del Consejo Comunitario.

La Asamblea General es la máxima autoridad del Consejo Comunitario. Sus atribuciones son, entre otras, las siguientes: reglamentar y velar por la aplicación de normas del sistema de derecho propio de las comunidades negras; aprobar el reglamento de usos y trasposos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las condiciones de la Ley 70 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad; determinar mecanismos internos que fortalezcan la identidad étnico-cultural; velar por el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales de acuerdo con la legislación ambiental y las prácticas tradicionales de producción que garanticen su manejo sustentable (art. 6, Decreto 1745).

También le corresponde elegir a la junta del Consejo Comunitario, que es la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna que maneja el territorio; ejerce el gobierno económico de las tierras de las comunidades negras de acuerdo con sus sistemas de derecho propio y legislación vigente; hace de amigable componedora en los conflictos internos; ejerce funciones de conciliación en equidad; y aplica métodos de control social propios de su tradición cultural.

¹⁰³ “Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.”

“Autoridad tradicional. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social. Para los efectos de este decreto, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al INCORA, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas” (art. 2, Decreto 2164 de 1995). El decreto hace esa distinción entre cabildo y autoridad tradicional porque no todas las comunidades indígenas se organizan para el ejercicio de sus funciones bajo la forma de cabildo, por ello se reconoce otro tipo de autoridad.

La Asamblea elige al representante legal del Consejo Comunitario que representa a la comunidad en cuanto persona jurídica, y presenta ante la autoridad ambiental competente las solicitudes de aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de la comunidad, previa aprobación de la Junta del Consejo Comunitario, excepto cuando se trata de usos que por ministerio de la ley no requieren de la obtención de un permiso.

A diferencia de los cabildos indígenas, a los Consejos Comunitarios no se les confiere expresamente por la ley el carácter de persona jurídica pública. Por tal motivo en general se asume que se trata de personas jurídicas de derecho privado¹⁰⁴.

La Constitución consagra una jurisdicción especial indígena¹⁰⁵, pero no hace lo mismo con las comunidades negras. Ante la falta de una ley que la reconozca, ésta fue objeto de varias sentencias judiciales que delimitaron su ámbito de aplicación y dejaron en claro que el ejercicio de esa jurisdicción no está condicionado a la expedición de una ley que lo habilite. Por el contrario, establecieron que tal facultad existe, porque la Constitución tiene efectos normativos directos. Esta jurisdicción tiene las siguientes características:

- Puede ser ejercida por las autoridades indígenas en su “ámbito territorial”. Los resguardos –que son propiedad colectiva y constituyen un derecho fundamental y soporte para el cumplimiento de otros derechos fundamentales de las comunidades indígenas– son calificados por la Corte como ámbito territorial. El efecto inmediato consiste en que limita algunas de las competencias propias ejercidas dentro del territorio del país donde se halla ese ámbito territorial. La jurisdicción especial indígena confiere a las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia según las normas consuetudinarias propias que rigen su competencia, y las especiales que regulen las actividades de cada comunidad¹⁰⁶.
- La jurisprudencia reconoce como elementos de esa jurisdicción a los siguientes: a) humano: que refiere a la existencia de un grupo que puede ser diferenciado por su origen étnico y por su identidad cultural; b) orgánico: que alude a la existencia de autoridades tradicionales que ejercen una función de control social en sus comunidades; c) normativo: según el cual la comunidad se rige por un sistema jurídico propio construido con base en las prácticas y en los usos tradicionales; d) geográfico: debido a que la jurisdicción indígena remite al territorio; e) congruencia, que actúa como límite al orden jurídico tradicional de estas comunidades y no puede ser contrario a la Constitución ni a la ley¹⁰⁷.

¹⁰⁴ “Mientras no exista norma positiva que señale que los consejos comunitarios son entidades de derechos público, éstos deberán sujetarse a la normativa que regula las personas jurídicas de derecho privado, lo cual trae como consecuencia que debe existir una coordinación con las demás entidades públicas y privadas, para la consecución de los fines de la comunidad negra del país”, Ministerio del Interior, *Los consejos comunitarios en el escenario de lo local*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2001.

¹⁰⁵ “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 judicial nacional” (art. 246, CP).

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Estos elementos, de acuerdo con lo establecido por la Constitución, deben ser definidos por una ley que fije la coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional. Ésta no fue dictada aún, motivo por el cual la Corte Constitucional interpretó que a pesar de que la Constitución no señale las materias sobre las que los indígenas ejercen funciones jurisdiccionales, y como la ley estatutaria de la justicia (Ley 270 de 1996) reitera la disposición constitucional (precisando que dicha función se ejerce únicamente dentro del ámbito de su territorio), cualquier tema que esté integrado y regulado por sus usos y costumbres y que cumpla con las condiciones de sujeto y territorio explicados más adelante puede ser sometido a dicha jurisdicción¹⁰⁸.

La Corte Constitucional aclaró que la jurisdicción indígena tiene cuatro elementos básicos y manifiesta que “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional”¹⁰⁹.

Pese a ello, la jurisdicción indígena en Colombia fue reconocida mayoritariamente en vinculación con los procesos de carácter penal, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9 del Convenio de la OIT. También se declaró la procedencia de esa jurisdicción en casos de naturaleza civil¹¹⁰, por ejemplo, en la asignación de bienes hereditarios. En esos casos, cuando los bienes que integran el haber hereditario forman parte de un resguardo indígena, el causante integra la comunidad y, por ende, también la integran los herederos¹¹¹.

La jurisdicción es ejercida por las comunidades indígenas conforme a sus propias normas y procedimientos, lo que se deriva del principio constitucional de diversidad étnica y cultural¹¹².

Cuando una comunidad indígena tiene autoridades propias en un ámbito territorial específico, tendrá el derecho a ejercer esa jurisdicción de conformidad a lo establecido por la Carta Magna:

¹⁰⁸ Al respecto, Osuna señala que al ser los usos y costumbres los que definen las materias de las que conocen las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales, puede sostenerse que una ley que limite esas materias sería inconstitucional por vulnerar la autonomía de las comunidades indígenas. De tal forma, que en su concepto pueden conocer de cualquier materia regulada por el derecho propio, salvo que acuerden remitir el caso a la jurisdicción ordinaria (Osuna Patiño, N., *Consultoría sobre diversidad étnica*, realizada para Corpacot y Unidad de Parques Nacionales Naturales, sin publicar, sin fecha).

¹⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹⁰ El art. 17 del citado Convenio 169, reza: “1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”.

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹² “La protección a la diversidad étnica y cultural se relaciona con el reconocimiento de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, como idiomas oficiales en sus territorios por mandato constitucional” (art. 10, CP).

“La jurisdicción indígena es también un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de la jurisdicción a partir de sus usos y prácticas tradicionales, avanzan en el afianzamiento de sus autoridades internas, en el auto-reconocimiento y en la recuperación de sus espacios de expresión colectiva”¹¹³.

Las prácticas y usos tradicionales son un marco de referencia para su ejercicio, pero el hecho de asumirlo corresponde a la propia comunidad indígena en forma autónoma. Por ende, la comunidad puede optar por asumir este derecho o no hacerlo. En este último caso tiene la opción de dejar en manos de la justicia ordinaria la resolución de sus casos.

La jurisdicción indígena tiene límites, ya que a través de ella no se puede contravenir la Constitución ni la ley¹¹⁴. Por tal motivo, existe una tensión entre la autonomía indígena y los límites a esa autonomía, que la Corte Constitucional resolvió a partir de la fijación de determinadas reglas y principios.

En primer lugar, la Corte manifiesta que sin perjuicio de la diversidad étnica y cultural de la nación, Colombia es por declaración constitucional una república unitaria. Aunque la Constitución reconozca a los pueblos indígenas la capacidad de gobernarse y de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, ese derecho debe ser entendido como “un régimen de conservación de la diversidad en la unidad”¹¹⁵.

El principio de diversidad étnica y cultural se encuentra en tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución “toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones”¹¹⁶. “Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica, motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁴ El concepto de límites es un concepto occidental que se ha extendido e impuesto a otras culturas, y ha sido determinante en los fallos de tutela de los jueces frente a las demandas de los grupos étnicos, de manera tal que aunque en esos fallos se hacen algunos reconocimientos efectivos a tales grupos, de todas maneras se mantienen visiones indiferenciadas que no desarrolla plenamente el principio de diversidad étnica y cultural (Sánchez Botero, E., *Justicia y pueblos indígenas de Colombia –la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural–*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Unidad de Investigaciones jurídico sociales y políticas “Gerardo Molina” (UNIJUS), 2004.

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; Sentencia T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (CP, artículos 1 y 2) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (CP, artículos 13 y 70)”¹¹⁷.

Esa tensión que existe entre los derechos fundamentales de carácter universal y transcultural, que son necesarios para la convivencia pacífica entre las naciones, y el pluralismo, que implica la aceptación acerca de la existencia de grupos con prácticas, tradiciones, usos, costumbres y ordenamientos jurídicos propios, hace necesario un diálogo intercultural con estándares de tolerancia que cubran diferentes sistemas de valores y que busquen consensos mínimos entre las distintas culturas, sin renunciar a los aspectos básicos de identidad¹¹⁸.

Dentro del marco de ese consenso se identifica “lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y el principio de legalidad en el procedimiento¹¹⁹ en los delitos y en las penas. Todo proceso judicial debe hacerse de acuerdo con las normas y los procedimientos de la comunidad indígena, teniendo en cuenta la especificidad de su organización social y política, y los rasgos definitorios de su ordenamiento jurídico. Sin embargo, los derechos fundamentales que protegen intereses de superior jerarquía actúan como límite a esa autonomía indígena, la que sólo puede estar sujeta a restricciones establecidas a la luz de la Constitución, dentro del marco de lo que se considera intolerable¹²⁰.

La Corte interpretó que de la Constitución se deriva una posición intermedia, de manera tal que la diversidad étnica y cultural sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹⁸ La Corte Constitucional ha dicho al respecto: “El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. En otras palabras, aun siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que él mismo ha reconocido” (Sentencia T-523 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹¹⁹ La Corte Constitucional manifestó: “El derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, *porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico*. Lo que se requiere es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social” (Sentencia, T-523 de 1997).

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir. No se hará prevalecer cualquier norma constitucional o legal por encima de la autonomía indígena, sino sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural.

Algunos autores¹²¹ alegan que los derechos humanos, que son el producto de una ideología democrática liberal que se sustenta en el respeto de aquellos de manera universal, fueron establecidos sin distinguir las particularidades derivadas de la diversidad. Por tal motivo, tienden a destruir o subordinar el desarrollo de la diversidad cultural, porque éstos conllevan procesos de asimilación e integración. Los derechos humanos entran entonces en conflicto con sistemas de derecho propio de los grupos étnicos de origen prehispánico, que presentan características tales como la inexistencia de un sujeto individual y un mayor valor de la vida social que individual.

A su vez, señalan que “la tradición de los derechos humanos conduce a los Estados a asumir como necesaria una homogenización cultural que conlleva a incrementar las relaciones de tensión interétnicas. Estas concepciones universalistas entran en contradicción –al desvalorizar expresiones diversas–, a pesar de que el discurso político exalta y formalmente plantea una política pública de reconocimiento a la multiplicidad y al pluralismo cultural. Esta valoración ha determinado formalizaciones tan importantes como el reconocimiento constitucional de la pluralidad. Sin embargo, uno es el enunciado, como intencionalidad y ‘deber ser’, y otra es la práctica social concreta, que refleja contradicciones aun en el mismo marco de los derechos constitucionales ya establecidos y en la realización de las políticas públicas para la concretización de los derechos humanos mismos. La propuesta de articular derechos humanos con aspiración de alcance universal y realidad de la diversidad cultural no parece posible, ya que la pluralidad continúa signada por la desigualdad en estatus”.

El límite al que se hizo referencia anteriormente deriva del propio Convenio 169 que dispone que los sujetos del convenio deben tener el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2).

Los jueces, frente a la tensión que existe entre ambos sistemas, son los encargados de resolver los fallos de tutela, acción que procede para defender los derechos fundamentales constitucionales cuando fueron vulnerados.

La Corte Constitucional manifestó que se aceptan las limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas, siempre que aquellas estén dirigidas a evitar la realización de actos arbitrarios que lesionen en forma grave la dignidad humana por afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad¹²².

¹²¹ Sánchez Botero, ob. cit.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Frente a esa autonomía existe una regla reiterada por la Corte Constitucional que establece que “a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”. Ello responde al reconocimiento que se hizo acerca de la gran variedad de comunidades indígenas que sufrió la destrucción de su cultura en diversos grados y por diversas causas. Debe distinguirse entre los grupos que conservan sus usos y costumbres, de aquellos que los perdieron, y que por lo tanto deben regirse en mayor grado por las leyes de la república.

La autonomía indígena fue reconocida como un instrumento que permite a las comunidades definir su propio destino, que está intrínsecamente ligado a su derecho a la autodeterminación. Para proteger ese derecho, el Decreto 1397 de 1996 dispuso que las autoridades no indígenas deben respetar la autonomía de los pueblos indígenas, y que deben abstenerse de intervenir en la esfera del gobierno y jurisdicción indígena (art. 14). Sin embargo, esa autonomía tiene límites, ya que obliga a ponderarla frente a otros principios constitucionales de igual jerarquía.

La Corte interpretó que la supervivencia cultural sólo es posible con un alto grado de autonomía. Ello obliga al intérprete a aplicar la regla de “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”¹²³.

La regla de interpretación expuesta precedentemente debe considerar, además, las características específicas de la cultura de que se trata, pues las diferencias en el grado de aislamiento o integración de las diversas culturas implica la existencia de diferencias en la definición de sus asuntos¹²⁴.

Debido a que funcionan al mismo tiempo dos sistemas de justicia (el nacional y el de jurisdicción especial), es posible que se presenten conflictos de competencia que, a falta de una ley, se resuelven en forma casuística. La Corte¹²⁵ destaca dos elementos que determinan la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Al momento de

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia T - 523 De 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹²⁴ Por ejemplo, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló respecto al pueblo arhuaco: “Debe reconocerse que la comunidad ika goza de un altísimo grado de conservación cultural y, en consecuencia, su nivel de autonomía es muy amplio. En consecuencia, el pueblo arhuaco tiene la posibilidad de ejercer todas las prerrogativas que dimanen de su derecho fundamental a la propiedad colectiva, las cuales sólo podrían resultar limitadas en el caso de enfrentarse a intereses o bienes constitucionales de mayor importancia”.

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-523 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, entre otras.

resolver debe evaluarse si la acción es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio o si un indígena la realiza afectando a una persona que no pertenece a su comunidad y fuera del ámbito geográfico del resguardo (y a que se evalúan las condiciones territoriales y del sujeto). En el primer caso, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional, y en el segundo, el juez ordinario¹²⁶.

El derecho propio o consuetudinario de los grupos étnicos está previsto de manera general y sin que se determinen materias específicas. Es contemplado en forma expresa por la Constitución, el Convenio de la OIT y la normativa específica (por ej., cuando refieren al ejercicio de las funciones de sus autoridades, jurisdicción especial en el caso de los indígenas, como referente para establecer el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por estos grupos, entre otros). Este último reconocimiento está sujeto a limitaciones y existen vacíos normativos en la legislación nacional en cuanto a su aplicabilidad, alcances y limitaciones, que fueron llenados por la jurisprudencia constitucional, que hizo los desarrollos más importantes en la materia.

La expresión “conforme a los usos, costumbres y cultura de estas comunidades” se repite en la normativa, y es el principal punto de referencia al que debe acudir para establecer las limitaciones al derecho propio y a la jurisdicción indígena. También para dar contenido a las materias que pueden regular las comunidades o aquellas a las que pueden someter a su propia jurisdicción. Esto genera algunos problemas, ya que en Colombia existen varios pueblos indígenas diferentes que, de la misma manera que las familias de población negra, tienen usos, costumbres y culturas distintas, incluso dentro de un mismo pueblo. A la vez, ciertos pueblos están más incorporados a la cultura occidental que otros, que mantienen sus costumbres¹²⁷, e incluso existen en el país pueblos aún no identificados¹²⁸.

¹²⁶ La Corte ha sostenido que el “individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y que las autoridades indígenas juzgarán “conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas” (Sentencia T-496 de 1996).

¹²⁷ Arango Ochoa y Sánchez, ob. cit., señalan sobre el tema que hay pueblos con mucha identidad indígena y otros que han cambiado sus formas de vida para semejarse a comunidades campesinas e incluso urbanas por procesos migratorios involuntarios, como por ejemplo los muiscas de Chia, Bosa, Cota y Suba. A su vez, hay otros que están adelantando procesos contrarios de recuperación de la identidad indígena como los kakuaños, mocaná, e incluso pueblos tenidos como extintos.

¹²⁸ En los considerandos de la Resolución 0764 de 2002, por la cual se reserva, alinda y declara el Parque Nacional Natural Río Puré, se señala: “Que dentro del área delimitada como Parque Nacional Natural, se encuentra la zona comprendida entre el río Bernardo y las cabeceras del río Puré, lugar donde posiblemente habitan indígenas seminómadas de la etnia yuri, arojes o carabayo quienes no tienen ningún tipo de contacto con otras sociedades.

Que los procesos y avances de la colonización existentes en la Amazonia colombiana convierten la zona del Puré en vulnerable y pueden atentar contra la libre determinación del pueblo yuri, arojes o carabayo (...) Que la categoría de parque nacional natural es la que más se adecua a los intereses de conservación biocultural del área ya que permite la protección de ecosistemas altamente diversos y la protección del territorio ancestral para el pueblo yuri, arojes o carabayo, área de vital importancia para este pueblo, inseparable de su identidad y de su existencia como etnia (...) Que Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio del Medio Ambiente reconoce la importancia de proteger el territorio de la etnia yuri,

Esto implica que el ejercicio de la autoridad y de la jurisdicción, el control social, el desarrollo del sistema normativo propio y sus límites varían en cada caso, debido a que el concepto de referencia es igualmente variable. Por tal motivo, la determinación de los usos, costumbres y culturas, que fijan el contenido y el alcance del ejercicio del derecho consuetudinario para la ley positiva formal, se modifica conforme a las particularidades de cada pueblo y a la evolución de ese derecho propio. Ello obliga a realizar una revisión casuística.

En materia de regulación de los derechos del agua, se evidencia una diferencia entre el derecho formal y el derecho consuetudinario, ya que el primero debe plasmar condiciones igualitarias para todos los ciudadanos o para las mismas condiciones hidrológicas (principio de igualdad), contrariamente a lo que sucede con el segundo, que varía conforme al grupo de que se trate, presentándose diferencias significativas entre un sistema normativo y otro¹²⁹.

Los sistemas normativos propios y la forma en que se aplican son dinámicos. La identificación de los usos y costumbres de un pueblo determinado es difícil, ya que frecuentemente existe una fusión con prácticas aprendidas de la cultura occidental o de otros pueblos. Los usos y costumbres constituyen un concepto vacío e indefinido, que debe ser llenado de contenido y que cambia de acuerdo con el grupo étnico de que se trate. Esto dificulta la identificación de los usos y costumbres que son tradicionales, y la definición de hasta dónde llega lo “tradicional”, motivo por el cual algunas personas le restan el carácter de derecho consuetudinario.

Los sistemas normativos indígenas tienen una gran capacidad para incorporar elementos nuevos y para renovar sus tradiciones, y son el producto de una historia de dominación a la cual responden, se adaptan o resisten. Un hecho sumamente importante al momento de plantearse las fórmulas de incorporación de los derechos consuetudinarios indígenas relacionados con el agua, a la legislación positiva formal del Estado, es que “la historia colonial ha demostrado que es imposible incorporar la ley consuetudinaria dentro del sistema legal estatal operante sin cambiarla de manera fundamental”¹³⁰.

Los indígenas transcurren en forma dinámica por otros sistemas normativos, haciendo propios los elementos y significados que ayudan a fortalecer sus posiciones, legitimar sus reclamos y luchar contra la discriminación. De esta forma se construyen nuevas identidades indígenas.

Las comunidades andinas cuentan con particularidades relacionadas con su forma de actuar colectiva y con la gestión de recursos naturales, por lo que éstas y la forma de gestión de los recursos hídricos, deben analizarse de manera dinámica y adaptable a nuevos contextos¹³¹.

arojes o ‘carabayo’ y, por tanto, la viabilidad de definir dentro del Parque Nacional Natural río Puré, una zona destinada al uso y manejo de esta etnia sobre su territorio tradicional, como un instrumento de protección adecuado para garantizar el respeto a su decisión de no contacto con la sociedad mayoritaria” (negrilla fuera del texto).

¹²⁹ Gentes, ob. cit.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Boelens R., *Derechos de agua, gestión indígena y legislación nacional. La lucha indígena por el agua y las políticas culturales de la participación*, Programa Ley de Aguas y Derechos Indígenas (WALIR, por sus siglas en inglés), Universidad de Wageningen UN /CEPAL, 2002 (fotocopia sin publicar).

Otra cuestión a tener en cuenta en el momento de evaluar fórmulas de incorporación de los derechos consuetudinarios indígenas relacionados con el agua al sistema formal, es la evaluación acerca de qué comprende el derecho al agua en las comunidades indígenas y locales. Ese derecho generalmente está compuesto por varios elementos, ya que no se refiere únicamente al acceso del recurso, sino también al control sobre la toma de decisiones relativas a la gestión del agua. Más que una relación de acceso y uso, es una relación social y de expresión de poder, motivo por el cual es de fundamental importancia establecer la relación de “doble vía” entre “derechos de agua y poder: las relaciones de poder determinan las propiedades claves de la distribución, el contenido y la legitimidad de los derechos de agua y, a su vez, los derechos de agua reproducen o reestructuran las relaciones de poder”. La autoridad de las comunidades indígenas y campesinas se está negando y su derecho de uso y su control en la toma de decisiones se está desconociendo¹³².

Conforme con la regulación colombiana existente en la materia, y debido a la multiplicidad de pueblos que integran los grupos étnicos del país, sería más viable proponer criterios amplios que permitieran un margen de movilidad y ciertos ajustes, acordes con las condiciones particulares de cada pueblo y con la evolución de su derecho consuetudinario vinculado a los recursos hídricos. Esta situación debería ser reconocida también por la normativa nacional.

Si bien ya existe en el país un marco general para efectuar ese reconocimiento, basado en las normas expuestas precedentemente, sería necesario incorporar en el sistema legal formal de manera más concreta y explícita, los derechos consuetudinarios relacionados con las materias vinculadas a la gestión y el manejo de los recursos hídricos. Para ello deberían contemplarse los espacios necesarios o desarrollar los ya existentes, de manera tal que sea posible el respeto de los sistemas normativos propios de los grupos étnicos, con la mayor autonomía posible.

2. Ecuador

El reconocimiento del Ecuador como estado pluricultural y multiétnico implicó un cambio de modelo del Estado, que impide la imposición de un modelo determinado desde las instituciones. Por el contrario, debe garantizarse la coexistencia pacífica de todas las culturas, teniendo en cuenta las “cosmovisiones” específicas de cada comunidad, lo que produce grandes dificultades en la práctica.

Existen varias alternativas posibles para solucionar los conflictos que se suscitan por el choque que se produce entre ambos sistemas (indígena y formal). Éstas deben tener en cuenta los criterios de la interculturalidad al momento de hacer una apreciación de los hechos e interpretación del derecho. Deben ponerse a salvo los valores y las formas de vida de los indígenas, ya que de ellos depende la supervivencia del pueblo indígena como tal y como pueblo diferente¹³³.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*, Universidad Andina Simón Bolívar, 20 de febrero de 2002.

La Constitución¹³⁴ establece en el artículo 191, último párrafo, que al ejercer las funciones de justicia en la solución de conflictos internos, las autoridades de los pueblos indígenas aplicarán las normas y procedimientos propios, de conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y a las leyes. A su vez, impone al legislador la obligación de hacer compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. Para lograr este objetivo deben fijarse con claridad las competencias de uno y otro sistema, y ambos deben interactuar en beneficio de la paz social.

Parte de la sociedad cuestiona algunos de los métodos aplicados por la justicia indígena. Cuando se suscitan conflictos por esta razón, las autoridades estatales intervienen para prevenir a las partes del conflicto acerca de la obligación de cumplir los preceptos constitucionales.

La Comisión de Asuntos Indígenas y otras Etnias del Congreso Nacional junto con la Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador y el Instituto Científico de Culturas Indígenas y el auspicio del “Fondo de Justicia y Sociedad” de la Fundación Esquel/USAID asumieron la responsabilidad de implementar el proyecto “Promoción y concertación para la aprobación y posterior ejecución del proyecto de ley de administración de la justicia indígena en el Ecuador en el marco del artículo 191 de la Constitución, último párrafo”. Como resultado de este proceso se presentó ante el Congreso Nacional el “Proyecto de Ley de Compatibilización y Distribución de Competencias en la Administración de Justicia”, cuyo objetivo primordial es “hacer compatibles en un marco de mutuo respeto las funciones de administrar justicia a cargo de los órganos de la función judicial con las funciones de justicia de las autoridades de los pueblos indígenas, que se auto definen como nacionalidades indígenas”.

En dicho proyecto se establecen los mecanismos de solución de los conflictos producidos entre indígenas y no indígenas; campesinos no indígenas; una colectividad indígena y un individuo que negare su condición de indígena; colectividades indígenas; e indígenas de diferentes colectividades. A su vez, se dispone que cuando se suscite un conflicto entre un indígena y una persona no indígena, prevalecerán las normas de la justicia ordinaria. Cuando se produce un conflicto entre indígenas que no pertenecen a ninguna colectividad indígena organizada, éstos podrán ser juzgados por los jueces de la justicia ordinaria, teniendo en cuenta los postulados de los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT.

Existe cierto escepticismo en cuanto a la posibilidad de que los derechos consuetudinarios sobre el agua se vayan incorporando paulatinamente a la legislación formal. Ello se debe a la percepción que tienen los indígenas acerca del derecho formal, el cual es visto por ellos como el conjunto de reglas escritas que no se aplican, o que cuando se aplican, responden a intereses particulares, menoscabando el equilibrio de poder que existe entre las partes en conflicto. De esa manera se limita la aplicación de la justicia en términos de equidad.

¹³⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada el 5 de junio de 1998 por la Asamblea Nacional Constituyente.

La legislación nacional no contempló ningún mecanismo especial para resolver los conflictos relativos al agua, en los que los intereses contrapuestos emanan del carácter tradicional y legal de un derecho. Sin embargo, todo ciudadano ecuatoriano está facultado para oponer las acciones legales que crea conveniente en defensa del derecho vulnerado.

Los derechos de concesión otorgados por la autoridad nacional pueden provocar un sinnúmero de conflictos. Los vacíos legales existentes y la falta de reconocimiento jurídico de los derechos tradicionales sobre el agua a las comunidades y pueblos indígenas hacen difícil pensar en un mecanismo particular que pueda resolver tales conflictos

3. Guatemala

La Constitución Política de la República, en un apartado específico titulado “Comunidades Indígenas”, establece que Guatemala está integrada por diversos grupos étnicos y menciona, entre ellos, a los de ascendencia maya. En su articulado garantiza el respeto y la promoción de sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social (art. 66) y la protección de las tierras de las comunidades indígenas y de sus cooperativas o de cualquier otra forma de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria. También establece que el patrimonio familiar y la vivienda popular gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y técnica preferente, que garanticen su posesión y desarrollo. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que les fueron administradas de manera especial tradicionalmente, mantendrán ese sistema (art. 67).

Sin embargo, a pesar de las garantías establecidas por la Constitución y de los avances realizados en cuanto a la promulgación de legislación ordinaria (en particular los compromisos adquiridos en la agenda vinculada con los Acuerdos de Paz), la normativa vigente en la materia aún no fue cumplida. Como menciona Berganza en su columna periodística: “A pesar del gran desarrollo teórico que ha habido recientemente en torno al tema de la identidad étnica, con importantes aportes de pensadores tanto mayas como ladinos, y del reconocimiento del Estado de Guatemala del carácter multicultural de nuestra sociedad, el afán de muchos indígenas por hacer valer su identidad étnica irrita todavía a la mayoría de los ladinos. El cambio de actitud hacia los mayas, xincas y garífunas seguramente tomará un par de generaciones más”¹³⁵.

El artículo 66 de la Constitución, mencionado *ut supra*, es relevante, ya que cuando el Estado “reconoce, respeta y promueve” las formas de vida y organización, costumbres, tradiciones, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, y los idiomas y dialectos de las comunidades indígenas y grupos étnicos, implícitamente reconoce también un sistema de vida y un sistema jurídico, en el cual se conjugan valores, autoridades, instituciones, normas y procedimientos. Ese reconocimiento otorga un mayor soporte a la promoción del pluralismo jurídico, que acoge a cada uno de los “grupos étnicos” e incluye a los pueblos maya, garífuna y xinca.

¹³⁵ Berganza, Gustavo, ¡Maya... y qué!, en *El Periódico*, Columna de opinión, Guatemala, 15/08/06, p. 13, publicada con ocasión del Día Internacional de los Pueblos Indígenas.

En Guatemala, cuando se utiliza el término “pueblos indígenas” se identifica, tomando como base el pluralismo jurídico guatemalteco, a los siguientes pueblos: a) pueblo xinca, b) pueblo garífuna y c) pueblo maya. Este último es el mayoritario y los otros dos constituyen minorías, que por su valor cultural y por poseer una escala de valores de principios propios, constituyen por sí mismos grupos que representan comunidades únicas.

A continuación se hará referencia a la relación e interacción que existe entre el derecho indígena¹³⁶ maya (concebido como un sistema jurídico independiente que se nutre de principios, valores y procedimientos de la cultura maya y de la Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya de Guatemala, Oxlajuj Ajpop), y el derecho escrito o formal.

El derecho maya es definido como un sistema jurídico cuyo fundamento se centra en la propia cosmovisión de los pueblos mayas, entendida ésta como una filosofía de vida basada en un sistema de principios y valores que orientan y enmarcan la conducta y el comportamiento de los miembros de la comunidad, para alcanzar la armonía personal y colectiva. La vida en comunidad está regida por tres factores: Dios (entendido como Ajaw el creador), naturaleza y persona y, según el Pop Wujy, la relación entre ellos debería ser armónica¹³⁷. Esta relación de la espiritualidad maya, profundamente ligada al respeto a la naturaleza, se muestra en lo expresado por Pisquiy cuando dice que “esta percepción de la realidad comprende una íntima relación entre lo espiritual y lo material en la dualidad ‘Corazón del cielo y Corazón de la tierra’ (*uk’ux Caj* y *uk’ux Ulew*) interpretando la existencia de un supremo espíritu creador y de la madre naturaleza que sintetiza esa creación. Esta visión establece una reciprocidad en la relación hombre-naturaleza: la naturaleza provee y el hombre corresponde tomando única-

¹³⁶ Cupil concibe al derecho indígena como el conjunto de facultades y normas indígenas que ordenan la existencia colectiva y cotidiana de un pueblo originario a partir de su propia filosofía para alcanzar armoniosa convivencia en el seno de su sociedad. Éste se diferencia de los demás sistemas jurídicos por su carácter objetivo y humano. Responde a una praxis descriptiva, lógica y deductiva, simple y sin menoscabo de los demás habitantes. Lo clasifica bajo normas orales particulares, que es una normativa específica, en órdenes como el cultural, social, político, económico, ecológico y filosófico que se sustentan en su contenido por los derechos colectivos específicos de cada pueblo indígena. Es decir que la acepción se relaciona más con el sistema jurídico de todos los pueblos indígenas del mundo y originarios de éste. El autor también denomina derecho indígena al conjunto de sistemas, normas, principios, leyes y autoridades que rigen y regulan la convivencia de una familia, comunidad o pueblo. Tiene la misión principal de guardar el equilibrio, la armonía y equidad de las relaciones económicas, políticas, sociales, culturales, educativas, jurídicas y otros sistemas, así como el conjunto y diversidad de autoridades que intervienen en el derecho indígena, llámese derecho kuna, derecho maya, derecho tzeltal, etcétera. Ahora bien, definición amplia de pueblos indígenas incluye “a una colectividad de comunidades vinculadas entre sí por una serie de valores, principios, autoridades, prácticas cotidianas e instituciones sociales, políticas, económicas, culturales, jurídicas, espirituales, ecológicas, médicas, astronómicas y gastronómicas que conservan, practican y desarrollan en su conjunto o parte de ellos, desde sus ancestros a la actualidad, innovándolas en lo posible y aplicándolo, sin variar su esencia y naturaleza, en el contexto contemporáneo frente al futuro”.

¹³⁷ Citado por Del Monismo al Pluralismo Jurídico en Guatemala: Sacalxot, Martín. Que no se diga: El Derecho Indígena es simplemente costumbre. En *El Defensor* (periódico). Defensoría de los Pueblos Indígenas de la Procuraduría de los Derechos Humanos. Guatemala, septiembre de 2000, p. 4.

mente lo necesario, conservando y expresando su agradecimiento o arrepentimiento por daños causados a la naturaleza”¹³⁸.

Existen cuatro principios que rigen la vida del pueblo maya y que atraviesan todo su sistema jurídico: el respeto, la confianza, la credibilidad y la dignidad. El más importante es el respeto, considerado uno de los grandes valores de la cultura maya. De hecho, Pisquiy concluye que fue “el respeto del pueblo maya por la naturaleza lo que ha permitido que los recursos naturales estén mejor conservados en las áreas donde viven indígenas en comparación con lugares donde no viven o viven pocos indígenas”¹³⁹. Esto es ratificado por el Plan de Acción Forestal Maya, que informa que más del 50% de la cobertura forestal en Guatemala está ubicada en los lugares donde en su mayoría habitan poblaciones de la cultura maya.

Uno de los aspectos implícitos en el derecho maya es la flexibilidad. Cuando se produce un conflicto, las partes deben buscar soluciones que contemplen los elementos que benefician a todos los involucrados en el caso. Por el bien de la comunidad es necesario flexibilizar la posición de cada uno, para obtener la aplicación de una “justicia profunda, conciliadora y reparadora”.

El segundo aspecto es el dinamismo, que se refleja en el proceso de solución del conflicto a través de la intervención de los diversos actores. No se limita a los involucrados y sus familias, sino también a las autoridades y a la comunidad, que con su participación legitiman el acto.

El tercero y último es la circulación. Como sistema preventivo, el derecho maya se aplica a todos los períodos de la vida del ser humano, y no se sujeta a la existencia de un conflicto en particular. Por el contrario, rige su vida cotidiana.

Los elementos que integran el sistema jurídico maya son:

- Una amplia gama de normas, principios y valores que rigen la vida de las personas que integran el pueblo maya y que tienen su base en un sustento filosófico;
- Un régimen de autoridad sustentado en la legitimidad colectiva, que en su conjunto representa la autoridad comunal; y
- Mecanismos y procedimientos de aplicación preventiva, cuyos efectos son sancionadores, por actos reprobados o “no correctos”.

El derecho maya puede ser definido entonces como “un conjunto de preceptos que rigen un modo de vida de una colectividad determinada como la maya” en el que se destacan cuatro elementos fundamentales: un conjunto de normas, fuentes y fundamentos de ese conjunto de normas, un conjunto de autoridades, y la aplicación de procesos de resolución de conflictos, cuyo sentido primordial es el reparador.

¹³⁸ Pisquiy, Gonón y Mutz, *Conocimientos y prácticas indígenas relacionados con el recurso forestal*, p. 12.

¹³⁹ Pisquiy adiciona que también debe considerarse que algunas regiones poco boscosas o que se consideran degradadas están ubicadas en sitios donde la población indígena ha perdido la práctica de su propia cultura o, al menos, algunos elementos de la misma.

Las normas surgen a partir de la experiencia y del conocimiento, y constituyen inicialmente consejos o advertencias, cuyo contenido se va transmitiendo en forma oral de generación en generación. Posteriormente se transforman en normas de cumplimiento obligatorio para los miembros de una comunidad, porque de ello depende el bienestar colectivo. Estas normas tienen un fundamento filosófico y cosmogónico que permite construir la armonía entre las relaciones humanas, y entre éstas con la madre naturaleza.

En las comunidades lingüísticas *K'iche'* se denomina *Pixab* al conjunto de normas que integran un código de comportamiento y que constituyen “un conjunto de principios, normas, enseñanzas, consejos y valores espirituales morales y éticos con función educativa, formativa, preventiva, orientadora y correctiva en la vida, transmitida de generación en generación”¹⁴⁰. El código de comportamiento incluye también los llamados *awases*¹⁴¹ que representan “lo que no debe hacerse, porque es nocivo”.

Uno de los valores fundamentales dentro de la cosmovisión maya es el respeto, valor máximo dentro de la comunidad. Por tal motivo, el respeto hacia la vida y todo lo que tiene vida es la base fundamental del sistema jurídico maya.

El sistema de autoridades se basa en una jerarquía de respeto a los “mayores”¹⁴², ya que éstos figuran como autoridad debido a la experiencia y al conocimiento que tienen de la comunidad. La autoridad en la comunidad es ejercida por una persona que representa un ejemplo de vida, “una entrega de servicio incondicional a la comunidad”¹⁴³, y su autoridad queda legitimada por el reconocimiento que le otorga la colectividad. El grupo de líderes que puede acceder a constituirse en autoridad es identificado claramente por la comunidad, porque su comportamiento denota que son personas aptas para ejercer el cargo, ya que desde que nacieron traían su *nawal*¹⁴⁴.

La Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya de Guatemala (XLAJUU AJPOP), luego de un proceso de consultas efectuado entre autoridades mayas y la sociedad civil para el fortalecimiento pleno del derecho maya, describe desde su visión, la legitimidad de las autoridades mayas de la siguiente forma: “El ejercicio de las autoridades tradicionales mayas, conceptualizado desde la visión maya, no desvincula sus comportamientos comunitarios de la cotidianidad de sus vidas; el actuar de la autoridad no se separa de su personalidad, que le es otorgada por la energía del día de su nacimiento, de sus antecedentes de infancia, de sus contextos familiares y las situaciones que los afectan por ser parte de una sociedad, de ahí que ‘la

¹⁴⁰ Cupil, ob. cit.

¹⁴¹ Término utilizado en idioma *k'iche'*.

¹⁴² Son los ancianos de la comunidad los que ejercen estos cargos de autoridad y van sucediéndose en los mismos para el ejercicio de la autoridad.

¹⁴³ Un estudio de la Universidad Rafael Landívar sobre las autoridades mayas reitera que las comunidades ixil, kichè, mam y poqomchi comparten esta misma concepción “del ejercicio de la autoridad, la cual se basa en la conciencia del deber de servicio a la comunidad”.

¹⁴⁴ *Nawal*: se considera haber nacido bajo una buena estrella que los hace aptos para fungir como autoridad.

autoridad maya' es de carácter socio-político-religioso (...) Generalmente son quienes ostentan el digno cargo de guías espirituales, son honorables, líderes, y su función es guiar a la comunidad hacia lo correcto, velan porque haya armonía y tranquilidad”.

Los procedimientos para elegir una autoridad maya se establecen a través de dos vías: por la legitimación que hace la propia comunidad y por elección. El perfil de un buen candidato implica no sólo una personalidad adecuada y un carácter bien definido, sino también que inspire a la comunidad valores tales como el respeto, la confianza, la credibilidad y la dignidad de servicio.

La legitimación colectiva de la autoridad es fundamental, porque ésta debe tener la potestad suficiente para acompañar a las personas involucradas en los procesos a través de los cuales se fije una sanción por incumplimiento de normas establecidas por la comunidad. Más aún teniendo en cuenta que la función de la sanción es reparadora y formadora y, en su sentido más amplio, debe promover principios y valores para la comunidad.

El proceso de imposición de una sanción correctiva a los miembros de la comunidad pasa previamente por períodos de diálogo, conciliación y acuerdos. La autoridad que impone la sanción es percibida como alguien que trabaja para lograr la armonía y tranquilidad en el seno de la comunidad.

Las autoridades mayas son varias, entre ellas las siguientes: sacerdote maya o guía espiritual (consejero espiritual de las personas); comadrona (orienta a las mujeres en el proceso de gestación y nacimiento de los hijos y en la educación de los mismos); guía o líder (orienta a la comunidad sobre las formas de lograr su desarrollo); el que imparte justicia (orienta y resuelve los conflictos en la sociedad); alcalde auxiliar (contribuye al orden en la comunidad); rezador o pedidor (guía socio religioso); y cofrades (representan el sincretismo religioso, conservan principios y valores mayas, pero mezclados con los del cristianismo).

Para convertirse en autoridad maya se requiere de la experiencia que dan los años; una especialización que le pueda ser útil a la comunidad; haber acumulado servicios prestados a la comunidad; honorabilidad y buena conducta de vida; ser un ejemplo para otros miembros de la comunidad; solvencia moral; ser consciente acerca de su misión en la vida; y ser de edad avanzada.

La autoridad está legitimada para imponer la sanción reparadora y las partes involucradas, al someterse a su autoridad, aceptan las condiciones impuestas a la sanción. Esto último es así porque, luego de haberse agotado los procedimientos utilizados en cada caso, se hizo un balance justo sobre el hecho cometido y sus consecuencias. Cuando se arriba a una solución final dentro del marco del procedimiento desarrollado, el mismo finaliza con la celebración de una ceremonia maya como señal de que los involucrados quedaron satisfechos con la decisión final. No se excluye, sin embargo, la imposición de la máxima sanción del sistema jurídico maya, que es la expulsión de la comunidad de quienes violaron las normas comunitarias¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Casos de imposición relativa a expulsión de la comunidad indígena se han estado imponiendo, pero no tienen relevancia para el aspecto hídrico.

Según lo expuesto precedentemente, el derecho maya es:

- Legítimo, ya la colectividad participa validando la norma y a la autoridad que la impone;
- Oral, porque es el medio principal de trasladar información y conocimiento a las diversas generaciones;
- Un hecho cultural, ya que la colectividad a la que se aplica participa activamente en la generación de la norma;
- Dinámico, porque de acuerdo con el cambio en los modos de vida de las comunidades se producen también cambios en su sistema jurídico;
- Armónico, ya que procura la búsqueda y preservación de la armonía, porque el fin primordial de la norma y de la sanción es mantener la tranquilidad en la vida cotidiana de la colectividad;
- Orientador, porque ofrece una guía sobre cómo proceder y cómo se debe ser dentro de la colectividad;
- Educativo, porque es pedagógico y didáctico y enseña y da una lección a la comunidad. “La sanción en la justicia maya no es un castigo a los que han cometido un delito o falta, al contrario, es un proceso individual y colectivo de reflexión en virtud de un aprendizaje para el buen obrar”;
- Conciliador, porque interviene para hacer reflexionar a las personas sobre sus actos y los efectos que éstos producen en la comunidad; cuando hay daño se las persuade para restablecer el orden social;
- Reparador, porque el fin esencial de la aplicación de sistemas alternativos de resolución de conflictos es la corrección o reparación del daño, compensación del dolor o del sufrimiento causado, y hacer reflexionar al que causó el daño;
- Gratuito, ya que todo el proceso se desarrolla sin ningún costo preestablecido;
- Consensuado, debido a que las decisiones representan la voluntad de la colectividad porque se hace una consulta previa;
- Efectivo, ya que la realización de los procedimientos de resolución de conflictos permite alcanzar el objetivo final, que es recuperar la armonía en la comunidad;
- Integral, ya que al analizar los casos que se presentan a la autoridad, éstos son analizados desde las diversas perspectivas y ámbitos;
- Flexible, porque no obliga a seguir los mismos procedimientos en todos los casos, sino que éstos se adaptan a las necesidades particulares de cada uno;
- Transformador, ya que uno de sus fines principales es orientar al transgresor para que se reintegre a la comunidad, después de un proceso en el que asimiló los efectos dañinos de su conducta; y

- Didáctico y pedagógico, ya que uno de sus fines es instruir a la colectividad acerca de los procedimientos aplicados y los efectos de la sanción impuesta.

Los principios que sustentan el derecho maya son: armonía, equilibrio, dualidad, equidad, complementariedad, sinceridad, voluntad, consulta, consenso, respeto, observación y escuchar al otro.

Sus fuentes son: la cosmovisión, la tradición oral, la propia cultura maya, la espiritualidad, su filosofía y los calendarios mayas. También existen los elementos axiológicos cuyos valores son: el respeto, el trabajo, la solidaridad, la palabra y la sinceridad. Finalmente, los antivalores o vergüenzas del sistema son: la soberbia, la envidia, la mentira, el crimen, la ingratitud, la ignorancia, la haraganería y el orgullo.

A continuación se mencionan algunas características y ventajas del sistema maya que lo diferencian del sistema judicial estatal:

- Los costos y el tiempo utilizado para llegar a la imposición de una sanción es relativamente corto;
- El objetivo reparador de la sanción incluye una lección dirigida no sólo al victimario, sino también a la familia y a la comunidad; y
- Las partes involucradas no deben contratar ni pagar los servicios de un abogado que presente en su nombre ante un juez diversos alegatos y promueva gestiones en los tribunales de justicia. Se trata más bien de un procedimiento personal en el cual toda la colectividad participa a nombre propio y sin intermediarios.

Los modos de resolución de conflictos del derecho maya son procedimientos que tienen como objetivo principal arribar a un acuerdo entre las partes involucradas. Éstas, en su calidad de actores principales, son acompañadas por la autoridad maya que fue elegida por designación de la propia comunidad, o porque los involucrados acudieron directamente a ella para buscar su apoyo. Es un procedimiento común para el resguardo de la sociedad comunal, o un procedimiento voluntario en el que las partes se someten por decisión propia.

Estos procedimientos pueden tener varias etapas y no son utilizados necesariamente de acuerdo con el orden establecido, ya que depende del uso que de ellos haga la autoridad comprometida, para llevar adelante el procedimiento. Aquellas son: aviso; análisis; citación; intercambio de ideas y apreciaciones sobre el problema; dualidad (la verdad o la mentira); conocimiento y complemento del problema; aproximación entre las partes; inicio del diálogo; aconsejar; llamar la atención; llamada a la reflexión; crear y practicar ideas; reconocimiento de la falta y pedir perdón; coleccionar ideas, opiniones y comentarios; definición; acto de olvidar e integración armoniosa.

Si bien el orden en que suceden las distintas fases de estos procedimientos puede variar de acuerdo con la intensidad o el tipo y la gravedad de la falta o infracción cometida, el diálogo y

la conciliación son fundamentales. La memoria de la autoridad guarda la relación de los hechos y guía a los involucrados hacia una solución que evite el sufrimiento a los afectados, y que tenga la intensidad suficiente para constituirse en un elemento disuasivo de conductas no permitidas en el seno de la comunidad.

Las sanciones que son impuestas por las autoridades mayas son diversas y no hay normas que las establezcan previamente ni que fijen su intensidad. Todo dependerá del tipo de la acción antijurídica de que se trate; de la situación particular de los involucrados; de los elementos que intervinieron en el hecho y, en particular, del hecho de enfocarse sobre el cumplimiento de propósitos reparadores hacia las víctimas, para evitarles un sufrimiento mayor y para reparar en la medida de lo posible las secuelas del hecho.

Tabla 7: Procedimientos para la resolución de conflictos¹⁴⁶

Denominación en <i>K'ichè</i>	Sucinta descripción de la acción
<i>Tzujunem al ajk'axkol</i>	Queja al alcalde auxiliar
<i>Uqaxexik chi kiwach ajkaxk'olab'</i>	Socialización del asunto con los demás miembros de la autoridad
<i>Sikenem</i>	Citación del agresor
<i>Mulun ib'e Rec. ri xb'anow k'ax</i>	Reunión y juicio sobre el asunto
<i>Kachaw ri ajk'axkol</i>	Palabras del alcalde auxiliar
<i>Tzujunem re aj k'axkol</i>	Información de la agredida
<i>Kach'aw ri b'anal k'ax</i>	Información del agresor
<i>Tzizonem e ch'ob'onem</i>	Díálogo y análisis del caso
<i>Pixab'INEM</i>	Consejo
<i>B'och'INEM</i>	Negociación
<i>Sachb'al mak e tojonem o q'axem pa tinimit</i>	Perdón y pago o traslado del caso al Juzgado de Paz, que implica cárcel
<i>Tarane'xik rij</i>	Seguimiento

El sistema de resolución de conflictos utilizado en las comunidades indígenas reconoce a los ancianos, que conforman las autoridades mayas, como los protectores de los valores culturales.

Las comunidades indígenas consideran que el sistema de justicia del Estado no es el apropiado para ellas, debido a las siguientes razones: el indígena desconoce los procedimientos legales establecidos y el contenido de la ley; la falta de manejo del discurso jurídico para su defensa lo coloca en desventaja dentro del proceso; el uso del idioma español en las comunidades indígenas es muy precario y al no tener acceso a intérpretes dentro del proceso, se violan sus derechos por falta de comprensión del contexto.

En cuanto a la posibilidad de aplicar este sistema en relación con los recursos hídricos, sería necesario que, tomando como base la visión colectiva en el uso de los recursos naturales, se reconociera expresamente en la legislación la contribución y el esfuerzo efectuados por las comunidades indígenas y locales en la preservación de los recursos naturales. Partiendo de esa

¹⁴⁶ Defensoría Maya (DEMA). Pasos para resolver conflictos en las comunidades mayas.

base y con el apoyo estatal o local sería posible promover modelos de manejo sustentable, para disminuir problemas ambientales referidos a temas tales como las causas de pérdida de cobertura forestal, contaminación de las aguas u otras que afectan a los recursos naturales en general y que limitan las posibilidades de desarrollo de las mismas comunidades y del país.

4. Paraguay

La Constitución Política (1992) reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo (art. 62). A su vez, garantiza y reconoce el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat, y a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa (art. 63). Admite la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior de las comunidades, siempre que aquellas no vayan contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y dispone que cuando se susciten conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Los indígenas tienen el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, acorde con sus usos consuetudinarios, la Constitución y las leyes nacionales (art. 65).

En forma concordante, la Ley 904/81 establece que “las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público” (art. 5), y prevé que “la comunidad podrá otorgar a sus miembros el uso de parcelas para sus necesidades. En caso de abandono de las mismas, la comunidad dejará dicha concesión sin efecto” (art. 19).

Dentro de las normas consuetudinarias que regulan la convivencia dentro de cada comunidad indígena, pueden incluirse las que regulan el acceso al agua, elemento imprescindible para la vida de los miembros de la comunidad y sus familias. El uso de parcelas dentro de las tierras de la comunidad implica necesariamente el uso de las aguas. Si se reconoce a la comunidad la aplicación de sus propias normas consuetudinarias para conceder y dejar sin efecto las concesiones de tierra, implícitamente podría reconocerse también la aplicación de sus propias normas consuetudinarias para conceder y dejar sin efecto la utilización de las aguas asociadas a esas parcelas de tierra.

La aplicación de estas normas consuetudinarias tiene relevancia legal únicamente cuando se trata de una comunidad indígena que efectivamente ocupa una porción de tierra. La ley no contiene disposiciones específicas que contemplen la aplicación de normas consuetudinarias de acceso al agua para los casos de comunidades indígenas sin tierra, sean éstas nómades o sedentarias.

Hasta la sanción de la Ley 3239 (marzo de 2007) no existía en Paraguay norma alguna que contemplara en forma expresa los derechos consuetudinarios en el uso del agua. Esta norma, en su artículo 22, expresa: “El respeto y la preservación de los derechos consuetudinarios de uso, aprovechamiento y conservación de los recursos hídricos por parte de las comunidades indígenas tienen prioridad sobre cualquier otra utilización de los mismos”.

De esta forma, y frente a eventuales casos de conflicto, queda claramente definida la prioridad de las utilidades tradicionales del agua por sobre las no tradicionales, en concordancia con lo establecido en la Constitución Nacional.

5

El derecho consuetudinario en el derecho escrito. Normas y políticas que contemplan las prácticas ancestrales y el derecho consuetudinario en materia de recursos naturales y recursos hídricos

Establecida la relación entre el derecho consuetudinario y el derecho escrito a continuación se describirán las normas y las políticas nacionales que contemplan o incorporan elementos relacionados con las prácticas tradicionales y el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y grupos étnicos en general, y con los recursos naturales y las aguas en particular.

En el nivel internacional, el Convenio 169 de la OIT, incorporado al ordenamiento jurídico por cada uno de los países analizados, se refiere en varias de sus disposiciones al reconocimiento de las prácticas tradicionales. Por ejemplo, el artículo 5 dispone que deben protegerse y respetarse la integridad de los valores, las prácticas e instituciones propias de los pueblos indígenas. El artículo 23 señala a su vez que las actividades tradicionales y las relacionadas con la economía de subsistencia, tales como la caza, pesca y recolección, deben reconocerse como factores importantes en el mantenimiento de la cultura de esos pueblos.

1. Colombia

La legislación aplicable a las comunidades negras define las prácticas tradicionales de producción y las identifica como un elemento determinante para la obtención de títulos de propiedad. Equipara a aquellas a los usos otorgados por ministerio de la ley e impone deberes ambientales a esas comunidades, que pueden constituir un límite a las prácticas tradicionales.

En el caso de las comunidades indígenas, la legislación no utiliza el concepto de práctica tradicional, sino que se refiere a los “usos, costumbres y cultura” que las define como tales¹⁴⁷. Este último concepto es determinante para dar contenido al ejercicio del derecho de manejo y administración de los territorios adjudicados por el Cabildo o por la autoridad tradicional, y para fijar los alcances de la jurisdicción indígena e imponer obligaciones y limitaciones en el aprovechamiento que realicen en esos territorios.

De esta manera, los resguardos quedan sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme con los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad. Todas las disposiciones sobre protección y preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente (art. 25, Decreto 2164 de 1995) quedan sometidas a ese criterio¹⁴⁸. No se

¹⁴⁷ Recuérdese que la definición de comunidad indígena señala que “comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura”.

¹⁴⁸ De conformidad con el art. 4 del Decreto 2164 de 1995, el INCODER, en coordinación con los cabildos y autoridades tradicionales, debe adelantar los estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierra de estas

encuentran menciones en la legislación formal, más allá de las manifestaciones referidas a los recursos naturales renovables en general, que vinculen esos usos y costumbres directa y explícitamente con la gestión y el uso de las aguas.

El concepto de práctica tradicional para las comunidades negras, y el de usos y costumbres para las indígenas, actúa como elemento definitorio de las facultades y atribuciones reconocidas por el derecho formal en los términos aquí explicados. A su vez, se constituyen en límites para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en sus territorios.

Tabla 8: Normas referidas a las prácticas tradicionales y el derecho consuetudinario de los grupos étnicos en relación con los recursos naturales y el agua

Norma	Contenido
Ley 70 (1993) - Decreto 1745 (1995), reglamentario de la Ley 70	<p>Define a las prácticas tradicionales de producción de las comunidades negras de la siguiente manera: "Son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades negras para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo autosostenible" (art. 2).</p> <p>Esas prácticas tradicionales son elemento de especial consideración en la determinación de las áreas adjudicables a las comunidades negras. Constituyen uno de los aspectos exigidos por la legislación para acompañar la solicitud de titulación que realizan dichas comunidades, en la cual deben especificarse las formas de uso y el aprovechamiento individual y colectivo de los recursos naturales, formas de trabajo de los miembros de la comunidad, y otras formas de uso y apropiación cultural del territorio. (art. 20, Decreto 1745 de 1995). El derecho de propiedad colectiva sobre las tierras que ocuparon las comunidades negras, les es reconocido de acuerdo con esas prácticas tradicionales de producción y las características particulares de productividad de los ecosistemas.</p> <p>En el tema de aguas, la Ley 70 dispone que "las prácticas tradicionales que se ejerzan sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios o la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra se consideran usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso (...) Estos usos deberán ejercerse de tal manera que se garantice la persistencia de los recursos, tanto en cantidad como en calidad. El ejercicio de la caza, pesca o recolección de productos para la subsistencia, tendrá prelación sobre cualquier aprovechamiento comercial, semi-comercial, industrial o deportivo" (art. 19).</p> <p>Este artículo hace una aplicación específica a las comunidades negras, del uso que por ministerio de la ley está definido en el CRNR de manera general para todos los habitantes del territorio nacional¹⁴⁹, y lo vincula aquí al con-</p>

comunidades, para determinar los diferentes aspectos relacionados con la posesión, tenencia, propiedad, distribución y disponibilidad de las tierras; el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad social en tierras de resguardo, conforme con los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad.

¹⁴⁹ Según el art. 86 del CRNR, toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que ello no cauce perjuicios a terceros. Este uso debe realizarse sin establecer derivaciones, ni emplear aparatos, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar las aguas en forma que imposibilite su aprovechamiento por terceros. Por su parte, el Decreto 1541 de 1978, se refiere a este modo, como el derecho de todos los habitantes para utilizar las aguas de uso público mientras discurren por cauces naturales o artificiales, para beber, bañarse, abreviar animales, lavar ropa y otros fines similares, de acuerdo con las normas pertinentes. Cuando se trata de aguas que discurren por un cauce artificial, el uso por ministerio de la ley es permitido siempre que no se ocasionen daños al canal o acequia, o se imposibilite o estorbe el aprovechamiento de las aguas por los concesionarios (arts. 32 y 33, Decreto 1541/78).

Norma	Contenido
Ley 70 (1993) - Decreto 1745 (1995), reglamentario de la Ley 70	<p>cepto de prácticas tradicionales. De esta manera, las prácticas que se ejerzan específicamente sobre las aguas, recursos hidrobiológicos, playas y riberas, se consideran usos por ministerio de la ley, cuando tengan fines alimenticios o se adelanten para construir elementos de uso doméstico de la comunidad. En consecuencia, esos usos no requieren permiso y se les impone como condición que se realicen de tal manera que garanticen la persistencia, calidad y cantidad de los recursos.</p> <p>En la resolución que adjudica la propiedad colectiva a las comunidades negras se les impone la obligación general de observar las normas de protección y utilización racional de los recursos naturales renovables y el ambiente y se señala que dicha propiedad debe ejercerse conforme con la función social y ecológica que le es inherente (arts. 14 y 20, Ley 70). A su vez, las comunidades negras beneficiarias de la titulación tienen el deber especial de conservar y propiciar la regeneración de la vegetación protectora de las aguas, garantizar mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas frágiles como los manglares y humedales, y proteger la fauna y flora silvestre amenazada o en peligro de extinción. Para que las comunidades puedan cumplir estos deberes, el gobierno debe destinar los recursos necesarios (art. 21). De esta forma, se particulariza un deber concreto relacionado con las aguas y humedales relevando la conservación de este recurso y de estos ecosistemas en los territorios colectivos.</p> <p>La Ley 70 dispone que el uso del suelo se hará teniendo en cuenta la fragilidad ecológica de la cuenca del Pacífico y, en consecuencia, los adjudicatarios deben desarrollar prácticas de conservación y manejo compatibles con esas condiciones ecológicas, generando, por ejemplo, modelos apropiados de producción tales como la agrosilvicultura, agroforestería y similares, desmotivando las prácticas ambientalmente insostenibles (art. 6).</p>
Ley 99 (1993)	<p>Señala un deber a cargo del Ministerio de Ambiente y de los institutos de investigación científica de fomentar “el desarrollo y difusión de los conocimientos, valores y tecnologías sobre el manejo ambiental y de los recursos naturales de las culturas indígenas y demás grupos étnicos” (art. 22).</p> <p>Establece como funciones de las CAR: adelantar, en coordinación con las autoridades de las comunidades indígenas y negras, programas y proyectos de desarrollo sostenible y de manejo, aprovechamiento, uso y conservación de los recursos naturales renovables y el ambiente, así como promover y ejecutar programas de abastecimiento de agua a las comunidades indígenas y negras asentadas en su jurisdicción (art. 31, num. 21 y 28).</p>

A continuación se expondrán dos procesos de ordenamiento ambiental del territorio en curso, desarrollados en el ámbito de instituciones del Estado que poseen competencias ambientales, y que tienen a su cargo procesos relacionados con los recursos hídricos y que se vinculan con las prácticas ancestrales y el derecho consuetudinario de los grupos étnicos.

La primera de estas experiencias alude al proceso de ordenación de cuencas, que se encuentra regulado por el Código de Recursos Naturales y por los Decretos 1729 y 1604 de 2002¹⁵⁰. El Código prevé ciertas áreas de manejo especiales, que se delimitan para la administración, el manejo y la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables, dentro de cuya categoría se encuentran figuras tales como las denominadas “cuenca en ordenación”.

¹⁵⁰ Este proceso antes se regía por el Decreto 2857 de 1981, que fue expresamente derogado por el Decreto 1729 de 2002, pero durante la vigencia del decreto anterior, la figura no tuvo desarrollos prácticos, su utilización fue prácticamente nula.

Se entiende por ordenación de una cuenca la planeación del uso coordinado del suelo, agua, fauna y flora de la misma. La ordenación es un marco para planear el futuro desarrollo integral de la cuenca y para programar la ejecución de proyectos específicos dirigidos a conservar, preservar, proteger, restaurar o prevenir el deterioro de una cuenca. Tal declaración tiene como objeto principal la regulación de las actividades de los usuarios, de manera que se mantenga o restablezca el equilibrio entre el aprovechamiento económico de los recursos y la conservación de las condiciones físicas y bióticas de la cuenca, en especial de los recursos hídricos.

La cuenca en ordenación se somete a un plan de ordenación y manejo, cuyo cumplimiento es obligatorio tanto por las entidades como por los particulares que realicen actividades en la zona. Procede la imposición de limitaciones al dominio y de servidumbres, para alcanzar los fines de la ordenación. Una vez aprobado el plan, la autoridad ambiental competente debe adoptar las medidas de conservación de los recursos naturales renovables previstas en dicho plan. En virtud del mismo, puede restringir o modificar las prácticas de aprovechamiento y establecer controles o límites a las actividades que se realicen en la cuenca (art. 5, Decreto 1729 de 2002).

Los criterios para la clasificación y fijación de prioridades de las cuencas hidrográficas del país con fines de ordenación fueron establecidos en una guía técnico-científica, elaborada por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), sobre cuya base las autoridades ambientales competentes establecen un orden de preferencia regional para declarar la ordenación, de acuerdo con los recursos técnicos, humanos y financieros disponibles.

El Decreto 1729 de 2002 dispuso que la competencia para la ordenación de cuencas corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) o a una comisión conjunta, en caso de que se trate de una cuenca compartida entre dos o más corporaciones. Según el Decreto 1604 de 2002, esa comisión conjunta¹⁵¹ está integrada por las CAR que comparten la cuenca y las unidades ambientales de los grandes centros urbanos, cuando se trata de una cuenca que cubre un área urbana; por la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales (en adelante, Unidad de Parques), cuando una parte de la cuenca coincide con un área del Sistema de Parques Nacionales, y por una entidad denominada CORMAGDALENA, que tienen funciones en el río Magdalena que atraviesa gran parte del país¹⁵².

¹⁵¹ Esa comisión tiene por objeto concertar, armonizar y definir políticas para el ordenamiento y manejo de cuencas hidrográficas comunes, y específicamente coordina la formulación del plan, lo aprueba y coordina su implementación, entre otras.

¹⁵² La Corporación del Río Grande de la Magdalena (CORMAGDALENA) es una empresa industrial y comercial del Estado, su objeto es la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria, la adecuación y conservación de tierras, la generación y distribución de energía, así como el aprovechamiento sostenible y la preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables. Entre sus funciones se encuentran las siguientes: adoptar las disposiciones para la preservación del equilibrio hidrológico de la cuenca, conforme con las disposiciones ambientales superiores y en coordinación con las CAR encargadas de la gestión ambiental en su jurisdicción, ya que esa entidad no tiene facultad de otorgar permisos, concesiones, licencias, ni autorizaciones para el uso del recurso hídrico, lo que corresponde a las CAR. Además, CORMAGDALENA coordina y supervisa el ordenamiento hidrológico y el manejo integral del río Magdalena, entre otros temas.

Una vez dictado el Decreto 1729 se iniciaron varios procesos de ordenación de cuencas. Ello generó ciertos problemas, debido entre otras razones a que en las normas que regulan la materia no se hace ninguna mención a las comunidades indígenas y negras, ni a sus derechos territoriales y atribuciones conferidas a ellos para el manejo de dichos territorios¹⁵³.

A modo de ejemplo, cabe citar el Decreto 1729 que no menciona la participación de los grupos étnicos, ni tampoco establece una diferencia con la participación que corresponde a todos los usuarios de la cuenca en los procesos de ordenación de esta índole¹⁵⁴. Esto motivó críticas por parte de aquellos grupos, debido a que poseen derechos de participación especiales de jerarquía constitucional que fueron calificados por la Corte Constitucional como derechos fundamentales en los términos que se explicarán más adelante.

La participación de los grupos étnicos se rige por las normas especiales dictadas al respecto. Por tal motivo, se interpreta que lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 1729 no resulta aplicable a tales grupos, y que debe acudir a la regulación especial que rige en la materia. Esta interpretación se fundamenta en el hecho de que las decisiones que se adopten durante las diferentes fases del plan, referidas a los futuros usos de las aguas, obras hidráulicas y demás cuestiones que afectan a la cuenca, producirán en mayor o menor medida un impacto sobre los grupos étnicos que habitan, poseen o utilizan territorios de esa cuenca. Incluso las decisiones que se adopten fuera del ámbito de sus territorios (por ej., construcción de una represa sobre un río que atraviesa su territorio o que la comunidad utiliza de alguna manera) pueden tener efectos determinantes sobre la subsistencia e integridad de la comunidad y sobre los usos y derechos consuetudinarios relacionados con el recurso hídrico.

Tampoco se incluyó en la Comisión Conjunta a las autoridades indígenas, motivo por el cual las CAR o la comisión conjunta respectiva, según el caso, optaron por invitarlas a participar de las

¹⁵³ El IDEAM, en la guía técnico-científica elaborada para estos procesos, en la parte de propuesta de estructura y contenido de la participación comunitaria (Anexo 2), prevé un detallado conjunto de herramientas para esa participación, y cuando propone las llamadas herramientas de proceso y analíticas de la fase de aprestamiento señala: “Paso 1. Definir la estructura y la dinámica de cada comunidad con respecto al área delimitada de cuenca, y, en general, en aspectos relacionados con grupos étnicos, estructuras de poder, actividades productivas, vías de comunicación, servicios institucionales y comerciales”.

¹⁵⁴ “Artículo 18. Participación. Declarada una cuenca en ordenación, deberá ponerse este hecho en conocimiento de los usuarios de la respectiva cuenca a través de la publicación en un diario de circulación nacional y/o regional.

Asimismo, en la fase prospectiva, la comisión conjunta o la respectiva autoridad ambiental competente, según el caso, pondrá en conocimiento de los usuarios de la respectiva cuenca, el documento sobre los diferentes escenarios de ordenación de la misma. Para este efecto, mediante un aviso que se publicará en un diario de circulación nacional y/o regional, se indicará el sitio (s) en el cual (es) los usuarios de la cuenca pueden consultar el documento y el término de que disponen para hacer sus recomendaciones y observaciones debidamente sustentadas. Lo anterior, sin perjuicio de que la comisión conjunta o la respectiva autoridad ambiental competente, según el caso, adopte otros mecanismos de consulta y participación de los usuarios dentro del proceso” (Decreto 1729 de 2002).

reuniones celebradas en relación con los procesos de ordenación. Los representantes indígenas consideran que esto no satisface sus demandas y reclaman su participación en dicha comisión como miembros, y no como meros invitados¹⁵⁵.

El IDEAM, entidad encargada de formular la guía técnico-científica para la ordenación de cuencas, para socializar, validar y ajustar dicha guía, concertó con las CAR unas cuencas piloto nacionales. Tal es el caso de la subcuenca del río Guatapuri, donde la intención fue acompañar a las autoridades competentes del Corpocesar, una Corporación Autónoma Regional del CESAR (Departamento de Colombia) y de la Unidad de Parques por el Parque Nacional Natural Sierra Nevada de Santa Marta, en “formular e implementar el plan de ordenación y manejo de la subcuenca hidrográfica, en un escenario de participación interinstitucional y de actores involucrados, bajo el esquema de un ordenamiento ancestral”¹⁵⁶.

Los equipos técnicos de Corpocesar y el IDEAM realizaron una serie de talleres de capacitación para recabar elementos conceptuales y metodológicos, destinados a la reflexión y aproximación intercultural en el proceso, y a acercarse a la comprensión de la cosmovisión de las comunidades indígenas presentes en la subcuenca del río Guatapuri (que representan el 70% de la cuenca a ordenar y están organizadas en cuatro resguardos)¹⁵⁷.

En el proceso de ordenación del río Guatapuri, actualmente en curso, se contempló también una estructura orgánica para la ordenación de esta subcuenca. Además, se desarrollan otros entes en los que existe representación de los grupos indígenas, dentro los cuales pueden mencionarse los siguientes: comité directivo, que está integrado por los cuatro cabildos indígenas que representan a los pueblos indígenas que habitan la subcuenca; grupo técnico, con un representante por cada pueblo indígena asentado en la subcuenca; mesa de concertación de las zonas media y alta de la subcuenca, con cuatro representantes de los pueblos indígenas, y la mesa de concertación de la zona baja de la subcuenca, con un representante de los pueblos indígenas.

De acuerdo con lo establecido por el Decreto 1729, todo plan de ordenación y manejo debe identificar, en la etapa de diagnóstico, la situación ambiental de la cuenca para establecer las

¹⁵⁵ Este es el caso, por ejemplo, del proceso de ordenación de la cuenca del río Sinú, en donde existe una comisión conjunta integrada por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge (CVS), la Corporación Autónoma Regional de Sucre (CARSUCRE) y la Unidad de Parques, dado que parte de la cuenca del Sinú coincide con el área del Parque Nacional Natural Paramillo, y además en ella se encuentran territorios de la etnia embera katio, que cuentan con dos resguardos.

¹⁵⁶ IDEAM, *Reseña primer taller de capacitación. Elementos conceptuales y metodológicos para la reflexión y aproximación intercultural en el proceso de ordenación y manejo de la subcuenca del río Guatapuri* (fotocopia). Se agradece a Carlos Gómez, funcionario del IDEAM, por la información brindada sobre el tema.

¹⁵⁷ A los talleres realizados en junio de 2005 sobre el tema, asistieron como ponentes, entre otros, Jeremías Torres, secretario de la Confederación Indígena Tayrona, y Gabriel Muyuy, que actualmente ocupa el cargo de defensor para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas en la Defensoría del Pueblo, y que antes fue senador por la circunscripción especial indígena, que pertenece al pueblo inga.

potencialidades, conflictos y restricciones existentes sobre los recursos naturales renovables. Debe realizarse la caracterización de las condiciones socioeconómicas y culturales de la población; un inventario detallado de los usuarios y de los usos actuales y potenciales de los recursos naturales renovables de la cuenca, dando prioridad al recurso hídrico; e identificar los conflictos de uso de los recursos naturales renovables y las potencialidades de la cuenca.

Si bien la norma no distingue entre el inventario de usos del agua de la población en general y los realizados por los grupos étnicos, se entiende que en la denominada fase de preparación del plan¹⁵⁸ y en las siguientes, deberá hacerse el mayor esfuerzo posible para identificar los usos consuetudinarios de los grupos étnicos y, sobre todo, para garantizar que estos procesos de ordenación de cuencas sean avasallados ni se superpongan con los esquemas de planeación propios de esas comunidades (planes de vida en el caso de las comunidades indígenas y códigos de régimen interno en el de las comunidades negras)¹⁵⁹.

Con esta propuesta, Gentes opta por una codificación formal, que reconozca de manera explícita los derechos de agua de las comunidades, contrariamente a aquellos que son partidarios de mantener un sistema flexible y no detallado de los derechos consuetudinarios. Estas recomendaciones son aplicables tanto al proceso de ordenación de cuencas como a cualquier otro escenario de la administración.

Uno de los principales objetivos de la declaración de la figura de ordenación de cuencas es identificar los conflictos entre los distintos usos y entre los usuarios de la cuenca, para adoptar decisiones que respondan a una adecuada planificación. Ello responde a la existencia de diferencias entre los interesados que compiten por un mismo uso del recurso o que buscan imponer un uso sobre los demás (consumo humano, conservación, agropecuario, energético, minero, turístico, industrial), que son fuente constante de conflicto en torno del recurso hídrico a partir del significado y sentido asignado al recurso de manera individual o colectiva.

¹⁵⁸ IDEAM, *Guía técnico-científica para la ordenación y manejo de cuencas hidrográficas en Colombia*, Bogotá, Impresión CORPOCALDAS, 2004, la define así: “Esta es una fase preparatoria cuyo propósito es construir los cimientos del Plan de Ordenación y Manejo de Cuencas desde una primera iteración de percepción donde se recoge todo lo que los actores saben o conocen de la cuenca. El ciclo se inicia con la decisión de alguno o el conjunto de los grupos (exógenos o endógenos, públicos o privados pero con intereses o motivaciones en un mismo ámbito) de enfrentar el proceso concertadamente con el fin de obtener beneficios mutuos y equitativos”.

¹⁵⁹ Gentes se lamenta de que los gobiernos andinos desarrollan al detalle sus facultades administrativas y de planificación con respecto a los recursos hídricos sin una definición clara de los derechos consuetudinarios, de las obligaciones de los usuarios y del Gobierno, ni de los medios para su defensa. Por tal motivo entiende que es necesario realizar un catastro de la demanda de agua por las comunidades indígenas y un inventario de derechos consuetudinarios que prevalecen sobre otros derechos de uso del agua, de manera tal que los “derechos consuetudinarios deben definir su límite, en términos cuantificables y legítimos, y sus limitaciones, en términos administrativos”. Añade que los indígenas deben tener el derecho a pedir en cualquier momento la inscripción de los derechos consuetudinarios y su formalización, y si éstos fueron otorgados a terceros deben tener la posibilidad de que sean anulables. Caso contrario, las comunidades deben ser compensadas teniendo en cuenta más allá del valor económico, el efecto sobre la supervivencia de la comunidad. Esos derechos consuetudinarios deben tenerse como sujetos a variaciones en respuesta a los cambios en la población indígena. Las autoridades del gobierno deben responsabilizarse de inscribir de oficio los usos y derechos de las comunidades indígenas que requieran derivación, entre otros temas.

Las comunidades tienen una visión distinta a la del sistema formal y hacen una valoración de su territorio y de los recursos naturales allí ubicados, que involucra aspectos culturales, simbólicos, religiosos y mitológicos que superan la del derecho formal. Este último individualiza y fragmenta el concepto de territorio y hace diferencias en temas tales como el de la propiedad de los recursos naturales y de la integración de éstos con el territorio y la religiosidad.

Por tal motivo, debe ser evaluada la forma en que las instituciones, el derecho y las estructuras de poder responden actualmente a dichos conflictos, a través de la utilización de diversos instrumentos de intervención. Las decisiones que aquellas adoptan colisionan con las concepciones, usos consuetudinarios y fórmulas de solución de conflictos a las que acuden las comunidades al margen del derecho formal y, en lugar de contribuir a su cometido, pueden convertirse en fuente de nuevos conflictos sociales, culturales, territoriales, institucionales, jurídicos y económicos.

A modo de ejemplo, cabe citar el caso de los pueblos de los arhuacos y koguis, donde tales procesos de “ordenación” occidental del territorio se encuentran reñidos con su concepción del territorio, el orden natural y el equilibrio entre lo material y espiritual, así como con la misión y responsabilidad asumida por ellos con la armonía y con su ley de origen.

Los sitios sagrados no pueden “ser ordenados” para luego destinarlos a la construcción de represas y obras de infraestructura, ya que de esa manera se dejarían nuevas marcas en sus territorios infringidas por los “hermanos menores inconscientes y sordos”. Así lo manifestó Danilo Villafañe en la entrevista que se realizó para este trabajo, quien añadió que el ordenamiento del territorio ya está dado, ya que SERANKUA lo organizó y los mamos lo leen y lo interpretan. Los sitios sagrados están determinados, motivo por el cual no puede establecerse un plan de ordenación y manejo de cuencas del Estado que pretenda cambiar esta situación. Los planes no reconocen el orden preexistente aplicado durante siglos y no son hechos con responsabilidad hacia las generaciones futuras, sino que, por el contrario, imponen órdenes occidentales y autoridades en el territorio ancestral.

Al respecto, Ulloa¹⁶⁰ menciona que las políticas ambientales nacionales y globales fijan sus prioridades e instrumentos de manejo de recursos naturales, por ejemplo, respecto de la conservación del agua o de la biodiversidad, y luego pretenden que los pueblos indígenas enmarquen sus prácticas ecológicas ancestrales en esas políticas y en sus procesos de participación. Ello obliga a los pueblos indígenas a “formular una estrategia ‘coherente’, en términos modernos del manejo de los recursos naturales, lo que acarrea contradicciones”. La autora manifiesta que resulta difícil adecuar los tiempos, objetivos, conceptos, metodologías e indicadores que traen las políticas formales a las concepciones indígenas. A su vez, menciona que en el caso de la Sierra Nevada, a pesar de los múltiples actores existentes con intereses distintos y de lo complejo que resulta la aplicación de las políticas nacionales y la puesta en marcha de un plan ambiental, existe un tema que preocupa a todos por igual: el agua.

¹⁶⁰ Ulloa, ob. cit.

El Gobierno y los indígenas coinciden en el interés en conservar la sierra y en considerar al agua como eje del ordenamiento territorial en torno de las cuencas. Sin embargo, existen diferencias conceptuales entre las entidades del Estado, las ONGs y los indígenas. A pesar de la normativa existente y del reconocimiento que hacen las políticas ambientales de la “diversidad étnica, sus saberes, prácticas y cultura en general, son muy pocos los casos en los que se ha logrado que ese reconocimiento quede realmente incorporado en el nivel práctico en la gestión ambiental en la que, por lo general, se dividen la conservación y las prácticas indígenas. Esto puede deberse a la dificultad de entender –desde la lógica de las organizaciones, instituciones y científicos en general– la cosmología indígena como algo que se adapte a las políticas, métodos, líneas de acción y prácticas occidentales de conservación de la naturaleza. Hay el obstáculo de equiparar o traducir las acciones indígenas con las acciones o prácticas que aplican las ciencias biológicas con el mismo objetivo”¹⁶¹.

De esta manera, el escenario de ordenación de cuencas en el que está inmerso el país puede convertirse en un espacio para identificar, garantizar y respetar los usos y derechos consuetudinarios vinculados a los recursos hídricos y a los ecosistemas asociados o, contrariamente, transformarse en un proceso en el que los atropellos, el desconocimiento y la vulneración de aquellos derechos acarreen graves consecuencias a la supervivencia de estos grupos y a la protección de la diversidad étnica y cultural del país.

La Ley 70 de 1993 establece que “las cuencas hidrográficas en que se asienten las comunidades negras beneficiarias de la titulación colectiva se constituirán en unidades para efectos de la planificación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales conforme a reglamentación que expida el Gobierno nacional” (art. 59). Si bien no existe aún una reglamentación específica para las comunidades negras asentadas en cuencas, esta disposición tiene íntima relación con los procesos de ordenación de cuencas referidos por el Decreto 1729, motivo por el cual resulta sorprendente que no se aprovechara la reglamentación de dicha figura para vincular ambas normas.

Otra experiencia en materia de instituciones del Estado con competencias ambientales, que tienen a su cargo procesos relacionados con los recursos hídricos vinculados, a su vez, con las prácticas ancestrales y el derecho consuetudinario, es la creación del régimen especial de manejo en áreas del Sistema de Parques Nacionales, superpuestas con resguardo indígena y la excepción de uso prevista en la Ley 70 de 1993 en favor de las comunidades negras que habitan estas áreas¹⁶².

La Unidad de Parques Nacionales es la encargada de la administración del Sistema de Parques Nacionales Naturales, de conformidad con lo establecido por la normativa ambiental¹⁶³. Este

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Este parte se basa en el escrito: Ponce de León, E., *Bases técnicas y legales de la política de participación social en la conservación*, Bogotá, Embajada Real de los Países Bajos y Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales, 2005, Cap. 3: *Áreas protegidas y territorios colectivos de comunidades indígenas y negras*.

¹⁶³ El Decreto 216 de 2003 reestructuró el Ministerio del Medio Ambiente, para asignarle nuevas funciones en materia de vivienda, agua potable y desarrollo territorial. Le cambió el nombre de acuerdo con las nuevas funciones

sistema constituye la modalidad de área protegida más estricta que existe en la legislación nacional¹⁶⁴, ya que no permite en su interior el desarrollo de usos directos ni de actividades productivas por propietarios particulares, colonos u otros habitantes, salvo las excepciones existentes a favor de las comunidades indígenas y negras en los términos que aquí se explican.

La Constitución de 1991 destacó, en su artículo 63, la importancia de las áreas del sistema, al disponer que los parques naturales son inalienables, imprescriptibles e inembargables (al igual que los resguardos y tierras comunales de los grupos étnicos). Como consecuencia de tal manifestación se demandó y declaró inexequible la facultad que la Ley 99 de 1993 otorgaba al Ministerio de Ambiente, de “sustraer” las áreas del sistema, por lo cual su declaración se mantiene a perpetuidad¹⁶⁵.

Existen en el país aproximadamente 22 áreas del Sistema de Parques Nacionales superpuestas con territorios indígenas, y 19 con resguardos (título)¹⁶⁶. El Decreto 622 de 1977, que desarrolla el CRNR en relación con este sistema, contempló la compatibilidad entre la existencia de parques nacionales y reservas indígenas. Esta última era una categoría que otorgaba a las comunidades indígenas derechos de uso y goce¹⁶⁷, pero no la propiedad sobre la tierra a diferencia de lo que ocurre con los resguardos, que conllevan título de propiedad¹⁶⁸.

El decreto dispuso que en casos de coexistencia de ambas figuras se debe establecer un régimen especial en beneficio de la población indígena, conforme al cual se respetará su permanencia en el área y su derecho al “aprovechamiento económico” de los recursos naturales renovables, observando tecnologías compatibles con los objetivos del sistema (art. 7, Decreto 622). La norma establece de esta manera una excepción que otorga un tratamiento diferencial a las comunidades indígenas que habitan esas áreas. Pese a que ese régimen especial para las áreas

por Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y determina los objetivos, estructura orgánica y funciones de sus dependencias, entre las que se incluye a la Unidad de Parques, cuyas funciones se encuentran en los artículos 19 y siguientes.

¹⁶⁴ Según el art. 327 del Código, se denomina Sistema de Parques Nacionales al “conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de los habitantes de la nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran”. Esas categorías que integran el Sistema de Parques de acuerdo con el art. 329 son: Parque Nacional Natural, Reserva Natural, Área Natural Única, Santuario de Fauna, Santuario de Flora y Vía Parque.

¹⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶⁶ El sistema cuenta con 51 áreas declaradas en total, algunas en la cuenca del Pacífico por lo que también se encuentran áreas habitadas por comunidades negras.

¹⁶⁷ Esta figura ya no se crea porque desde 1988 la legislación dispuso que a las comunidades se les debía titular sus tierras, por lo que se ordenó convertir las antiguas reservas en resguardos, presentándose hoy superposición entre áreas del Sistema de Parques y resguardos.

¹⁶⁸ El Plan Nacional de Desarrollo –“Hacia un Estado Comunitario”– del actual gobierno (2002-2006), aprobado por Ley 812 de 2003, que señala los lineamientos de política que guían la acción gubernamental en ese período, dispone que el saneamiento de resguardos indígenas será utilizado como estrategia de conservación y recuperación ambiental en zonas de superposición de parques nacionales naturales, resguardos indígenas y cuencas abastecedoras de agua para consumo y producción agropecuaria.

superpuestas con resguardo indígena data de 1977, recién se están realizando acciones para su puesta en marcha en la actualidad¹⁶⁹. La Unidad de Parques está avanzando en este sentido, con algunos casos piloto seleccionados a tal fin¹⁷⁰.

El Decreto 622 no hace referencia a los alcances de ese régimen especial, pero se interpretó que éste variará de acuerdo con las particularidades de la comunidad de que se trate (ya que debe responder y reflejar las costumbres, los usos y prácticas tradicionales propias de éstas) y según las condiciones del área protegida. Esto hace que la legislación no ofrezca una fórmula exacta aplicable de manera general a todos los casos de superposición, lo cual obedece a la diversidad tanto de las áreas como de las comunidades.

La normativa debe fijar pautas generales que aclaren, entre otros, los siguientes aspectos: las implicancias y el contenido de ese régimen especial; los alcances del derecho al aprovechamiento económico de los recursos naturales por las comunidades; los pasos básicos que deben darse en el procedimiento para elaborar y acordar ese régimen; la forma de aprobación de éste (convenio, acto administrativo); la responsabilidad que asume la comunidad frente a los objetivos de conservación del área; y el deber de evaluación y monitoreo de los impactos que producen las actividades acordadas con la comunidad sobre el área y sus necesidades de ajuste.

El desarrollo concreto de cada régimen en el que se presente una superposición debe hacerse de manera casuística y con la efectiva participación de la comunidad (consulta previa y concertación)¹⁷¹. Esos regímenes especiales se elaboran con base en dos elementos: el plan de manejo del área del sistema correspondiente y el plan de vida de la respectiva comunidad o los elementos culturales que hagan las veces de aquel. Éstos constituyen la base para la construcción conjunta del respectivo régimen especial entre las partes, que hará las veces de plan de manejo en el área superpuesta.

¹⁶⁹ Las áreas superpuestas se han manejado con el plan de manejo del área en caso de existir y, en su defecto, con la legislación general aplicable al sistema, y las relaciones con las comunidades indígenas han variado mucho dependiendo del área y de la comunidad de que se trate; de la política dada desde el nivel central; de los instrumentos utilizados para acercarse e involucrar (o excluir) a las comunidades en las decisiones (convenios, consultas, procesos de concertación, etc.), teniendo experiencias de manejo buenas, así como casos conflictivos.

¹⁷⁰ La Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, falló una tutela interpuesta por representantes de la comunidad emberá-katio en razón de los impactos de la construcción de un embalse en su territorio tradicional, donde coincide área de resguardo con el Parque Nacional Natural Paramillo, ordenando al Ministerio de Ambiente iniciar el proceso de concertación para “fijar el régimen especial que en adelante será aplicable al área de terreno en la que están superpuestos el Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos indígenas, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 622 de 1997; pues la protección ecológica del parque nacional no puede hacerse a costa de la desaparición forzada de este pueblo indígena”.

¹⁷¹ En la Unidad de Parques se ha considerado que en los casos en que el área a declarar coincida parcial o totalmente con resguardos o con territorios no titulados pero habitados o utilizados tradicionalmente por comunidades indígenas o negras para sus actividades tradicionales, previamente al acto de declaración se debe realizar una consulta con tales comunidades, para analizar la incidencia ambiental, social, cultural y económica que pueda tener sobre las mismas la declaración del área.

Todas las decisiones referidas a la administración, manejo y uso de la parte superpuesta, entre áreas del Sistema de Parques y el resguardo indígena, se deben adoptar de manera conjunta entre la Unidad de Parques y los respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades correspondientes, ya que se reconoce el carácter público de la autoridad indígena.

Sin duda, estos desarrollos realizados por la Unidad de Parques marcan una diferencia importante frente al tema de las cuencas en ordenación, donde la autoridad indígena se considera “invitada” o asesora, pero nunca autoridad o parte de la comisión que ordena y aprueba el plan de la cuenca.

Las comunidades negras tienen un tratamiento diferente al de las comunidades indígenas, debido a que la Ley 70 de 1993 excluyó la posibilidad de coexistencia entre las áreas del sistema y las tierras tituladas colectivamente a dichas comunidades¹⁷². Sin embargo, si bien excluye la superposición del título colectivo con las áreas del sistema, prevé una excepción de uso a favor de estas comunidades. Por lo tanto, dispone que cuando en el Sistema de Parques Nacionales se encuentren familias o miembros de comunidades negras establecidas en ellas antes de la declaratoria del área, la Unidad de Parques debe definir en el plan de manejo del área las prácticas tradicionales de dichas comunidades, que son compatibles con la naturaleza, objetivos y funciones del área del sistema de que se trate. A tal efecto, la Unidad de Parques debe adelantar la consulta previa y acordar los demás mecanismos de participación con estas comunidades.

La Ley 70 reconoce y respeta en aquellos casos en que existen comunidades negras asentadas en las áreas del Sistema de Parques con anterioridad de la declaración del área, aun cuando no haya lugar a la titulación colectiva (propiedad), su derecho a permanecer y habitar de manera permanente en el área. También establece en tales casos una excepción de uso en su favor, que se inscribe dentro del concepto de práctica tradicional, y que tiene como límite la compatibilidad con la naturaleza, objetivos y funciones del área respectiva.

Cuando dentro de un área del sistema se encuentran miembros de comunidades indígenas que habitan o utilizan el área desde antes de su declaración, que carecen de título de adjudicación (no tienen resguardo), deben definirse en el plan de manejo del área respectiva los usos de estas comunidades, que sean compatibles con la conservación del área. El plan de manejo elaborado de esta manera se someterá a un proceso de consulta previa a las comunidades.

En el caso de las comunidades indígenas y negras que habitan en áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales¹⁷³, se previó que instrumentos como el régimen especial de mane-

¹⁷² Esta ley señala expresamente que las adjudicaciones colectivas no comprenden, entre otras cosas, las áreas del Sistema de Parques Nacionales (art. 6, lit. g).

¹⁷³ La Corte ha dicho: “No sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con

jo o el plan de manejo sirvan para reconocer y respetar sus derechos consuetudinarios, usos, costumbres o prácticas tradicionales¹⁷⁴.

Los temas precedentemente enunciados no se relacionan exclusivamente con los recursos hídricos, sino que en general se relacionan con la conservación y el uso sostenible de estos valiosos ecosistemas, donde el agua tendrá un rol sobresaliente. Por tal motivo, deberá evaluarse la potencialidad de estos instrumentos para proteger y respetar esos derechos consuetudinarios en relación con los recursos hídricos y hacerlos valer como tales.

2. Ecuador

El artículo 191 de la Constitución Nacional, en su último inciso, establece que “las autoridades de los pueblos indígenas están facultadas para administrar justicia aplicando sus normas y procedimientos de acuerdo con su derecho consuetudinario”. De esta manera podría decirse que la Constitución reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones de justicia, a través de la aplicación de normas y procedimientos propios en la solución de conflictos internos, de conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que aquellos no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. Esta norma implicaría la existencia de un sistema jurídico dentro de otro, pero en el entendimiento de que los sistemas normativos indígenas están supeditados a un ejercicio en tales condiciones, y que las normas indígenas son normas de menor jerarquía, de cara al marco legal ecuatoriano¹⁷⁵.

Según Nina Pacari¹⁷⁶, el reconocimiento constitucional respecto de la facultad que tienen las autoridades de pueblos indígenas de administrar justicia a partir de la aplicación de normas y procedimientos propios de acuerdo con sus costumbres o derecho consuetudinario, aún provoca resistencia en un sector de la sociedad. La falta de aceptación responde, según la autora, al desconocimiento de la existencia de múltiples y profundos avances producidos en torno de la pluralidad jurídica. Esta situación afecta el pleno ejercicio del artículo 191 ya que, al momento de aplicarlo, los sectores blanco mestizos invocaron la unidad jurisdiccional para negar el ejercicio de este derecho.

ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado” (Corte Constitucional, Sentencia T-342 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

¹⁷⁴ Otras funciones de la Unidad de Parques Nacionales Naturales relacionadas son: “7. Coordinar con las autoridades ambientales, las entidades territoriales, *los grupos sociales y étnicos* y otras instituciones regionales y locales, públicas o privadas, *la puesta en marcha de sistemas regulatorios de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en las zonas amortiguadoras* de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, de acuerdo con los criterios de sustentabilidad y mitigación que se definan para cada caso (...) 14. Coordinar con las demás autoridades ambientales, las entidades territoriales, autoridades y *representantes de grupos étnicos*, las organizaciones comunitarias y demás organizaciones las estrategias para la conformación y consolidación de un sistema nacional de áreas protegidas” (art. 19, Decreto 216 de 2003, negrilla fuera de texto).

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Asesora legal de la CONAIE y ex diputada de la república.

El artículo 191 reconoce que existe un derecho diferente al establecido por la justicia ordinaria. La autoridad indígena podría entonces aplicar el procedimiento de acuerdo con las costumbres o el derecho consuetudinario de su pueblo, y reconocer el derecho del acusado a exigir el cumplimiento del procedimiento conocido ancestralmente. La autoridad competente para ejercer estas funciones de justicia es aquella a la que la propia comunidad haya asignado esa función, que posee el derecho de organizar la forma en que ésta se ejercerá. Cabe destacar que el ejercicio de la autoridad está relacionado con conflictos internos, surgidos en el seno de la comunidad y que amenazan romper la armonía o las formas de vida o valores que las identifican como “nacionalidad”.

Sin embargo, la interpretación de la norma constitucional podría resultar un tanto difusa, ya que señala que “las autoridades ejercerán las funciones de administración de justicia, en base con las normas y procedimientos internos para la solución de conflictos que consten en sus costumbres o derecho consuetudinario”. El propio ordenamiento jurídico establece un límite, ya que en la disposición contenida en el Código Civil plantea que la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella. De esta manera se interpretaría que la costumbre se encuentra supeditada a la ley, y por tanto es de menor jerarquía que aquella.

El texto constitucional, al reconocer la justicia que pueden impartir las autoridades de los pueblos indígenas, estaría dejando de lado las normas jurídicas expedidas por las instituciones, organismos y dependencias del Estado, que tienen por objeto regular a los indígenas entre sí o con el Estado. Tal es el caso de los artículos 83 y 84 de la Constitución, relativos al establecimiento de los derechos colectivos, y otros de la Carta Magna o de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas Campesinas, ambas entendidas como normas jurídicas producidas por el Estado acerca de los indígenas, pero que no son normas de los indígenas en sí mismos¹⁷⁷.

Para que el derecho indígena sea propio, tiene que establecer normas obligatorias tendientes a mantener la convivencia pacífica de la comunidad, con el fin de preservar su identidad cultural. De ahí que estas normas sean absolutamente flexibles y se vayan adaptando a la realidad imperante del grupo humano a quien rige.

Partiendo del principio plasmado en el artículo 191 de la Constitución, en los últimos años fueron impulsadas varias iniciativas de reforma o actualización a la Ley de Aguas, que tienden a reconocer los derechos consuetudinarios y las prácticas ancestrales o tradicionales para el uso del agua. Sin embargo, ninguna de ellas logró su aprobación en el Congreso Nacional.

La primera iniciativa de actualización a la Ley de Aguas fue promovida por la Confederación de Nacionalidades Indígenas, que propuso el reconocimiento del dominio estatal del recurso hídrico y estableció el acceso comunitario preferente de los derechos de aprovechamiento para las comunidades campesinas y afroecuatorianas. A su vez, impulsó la fijación de un régimen de

¹⁷⁷ Tocagón, Luis Fernando, *Pensamiento de las nacionalidades indígenas del Ecuador*, documento sin fecha.

otorgamiento de concesiones, cuya lista estaba encabezada por el agua para consumo humano y doméstico, y la producción agrícola de consumo interno y de subsistencia campesina o indígena.

Un año después, por iniciativa del Poder Ejecutivo, se presentó una nueva propuesta de ley que transformaba el régimen institucional y de derechos para los usos de agua. El consumo humano se estableció como única prioridad para el otorgamiento de las concesiones, y se reconoció el derecho de utilización de aguas sagradas a favor de los pueblos y comunidades, previa la calificación de la autoridad del agua.

En forma paralela, el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, a través del Programa Sectorial Agropecuario, desarrolló una nueva propuesta que se contraponía a la planteada por el Ejecutivo, a través de la cual se dejaba a salvo algún tipo de reconocimiento especial en el orden de prelación de los usos y el reconocimiento del derecho de utilización de aguas sagradas a favor de los pueblos y comunidades.

Debido a que ninguna de estas propuestas contó con la aprobación del Congreso Nacional, sumado al panorama político existente poco propicio para impulsar un verdadero proceso de actualización de la Ley de Aguas, la sociedad civil promovió un proceso de reflexión en torno de la problemática del recurso hídrico. De esta manera, se conformó un Foro Nacional y varios foros en el nivel regional, dentro de cuyo ámbito se analizaron varios temas tendientes a optimizar el acceso equitativo al recurso hídrico y a promover el progreso económico y social del país.

Dos años más tarde comenzaron a verse avances muy importantes. Uno de ellos estuvo relacionado con el desarrollo de una nueva propuesta de reforma para la codificación de la Ley de Aguas y de normas conexas, en la que fueron considerados algunos de los reclamos del movimiento indígena, enfocados hacia “la institucionalización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, afro descendientes y comunidades locales a través de una mayor participación en las decisiones concernientes a la administración y conservación del recurso agua, suelo y ecosistemas asociados que se hallen en las tierras de propiedad de sus miembros o territorios de propiedad colectiva; reconocimiento de un acceso preferencial para la concesión de derechos de uso y aprovechamiento de aguas para uso humano o riego, en tierras comunitarias o en aquellas de propiedad individual de sus miembros; declaratoria como zonas de protección especial a los lugares sagrados de los pueblos y nacionalidades indígenas y afro descendientes, tales como fuentes de agua, riachuelos, ríos, lagunas o caídas de agua, previa solicitud de la parte interesada; reconocimiento del derecho a una indemnización por la afectación a sus derechos de aprovechamiento de agua, usos y costumbres relativas a la gestión del agua, y afectaciones al ambiente causadas en sus tierras; aplicación del concepto de uso y derecho consuetudinario de un pueblo o nacionalidad en la gestión del agua así como en la resolución de conflictos o diferencias entre sus miembros”¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Foro de los Recursos Hídricos, *Proyecto de Ley Reformatoria de las Codificación de la Ley de Aguas y leyes conexas*, 6 aspectos claves, julio de 2005.

Las normas que modifican la estructura y funciones del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODEMPE)¹⁷⁹ son de fundamental importancia. Dicho organismo otorga un reconocimiento legal a las “nacionalidades, pueblos y comunidades” que se definen a sí mismas como indígenas de raíces ancestrales, y a otras formas de organizaciones sociales, económicas, culturales, políticas y espirituales que se constituyan dentro de dichas nacionalidades y pueblos. A su vez, les otorga la personería jurídica a través del registro de sus estatutos, directivas y consejos de gobierno.

El CODEMPE está conformado en su nivel directivo por un secretario ejecutivo; un delegado del Presidente de la República; un representante por cada uno de los siguientes pueblos indígenas: saraguro, cañari, puruhá, waranka, panzaleo, chibuleo, salasaca, quitukara, cayambi, caranqui, netabuela, otavalo, manta, huancavilca; dos representantes de los pueblos quichuas de la Amazonía y un representante de cada uno de los siguientes pueblos que se definen a sí mismos como nacionalidades indígenas: shuar, achuar, shwiviar guaraní, siona, secoya, cofán, záparo, chachi, tsáchila, epera y awá. Otras colectividades históricas y sociales que acrediten características e identidades que los diferencie de los pueblos y nacionalidades mencionados podrán ser reconocidos como pueblos y nacionalidades y acogerse al régimen de las normas mencionadas, de conformidad a lo establecido por el Reglamento Interno que será expedido por el Presidente de la República.

Las iniciativas de reforma y/o actualización de la Ley de Aguas mencionadas anteriormente no son casuales, sino que responden a un proceso de cambio de la estructura política y social del país, que instaló al movimiento indígena como un actor político clave en el escenario nacional. Ello a partir del reconocimiento legal de organizaciones indígenas tales como la FEI, FENOCIN, Ecuarunari, CONAIE, FEINE y FENACLE¹⁸⁰, que fueron algunas de las que promovieron la introducción de normas tendientes al reconocimiento de los derechos colectivos en la Constitución Política de 1998.

A partir de entonces, se produjeron cambios estructurales que potenciaron su representación política a través de su participación en los procesos electorales¹⁸¹, logrando una mayor repre-

¹⁷⁹ Decreto Ejecutivo 180, publicado en el Registro Oficial 37 del 13/06/2005 y Decreto Ejecutivo 727, publicado en el Registro Oficial 144 del 14/11/2005.

¹⁸⁰ Palacios, Paulina, *Reconocimiento de los derechos indígenas-campesinos en la Legislación Ecuatoriana sobre Recursos Hídricos*, 2002.

¹⁸¹ A partir de 1990, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador alcanza un protagonismo nacional. En 1996, una nueva Ley de Elecciones permitió el ingreso de nuevos partidos a la arena política. Los pueblos indígenas contribuyeron a establecer el Movimiento de Unidad Plurinacional Pachacutik, su nombre común –y más tarde lo adoptaron como propio–. Pachacutik, una palabra quechua que denota la recreación de la Tierra, permitió a los pueblos indígenas poner fin a las alianzas con partidos políticos tradicionales basados en el patrocinio, y crear un organismo político independiente que reflejara, en forma precisa y continua, los intereses indígenas y les diera respuestas. Pachacutik aún conserva diecinueve de doscientos quince municipios y gobierna cinco provincias de veintidós.

Posteriormente en el año 2000, las demandas desatendidas del movimiento indígena precipitaron la caída del presidente Jamil Mahuad; en el 2001, las organizaciones volvieron a manifestar su cuestionamiento respecto a

sentación e influencia para proponer y alcanzar la aprobación de reformas legales que regulen con mayor claridad las normas contenidas en la Constitución vigente.

3. Guatemala

Durante los últimos años fue promulgada gran parte de la legislación ordinaria en Guatemala, referida a la temática indígena, dado que en este período se dio mayor relevancia al cumplimiento de los compromisos emanados de la Agenda de Paz. Ello permitió que se produjeran avances en el desarrollo del marco jurídico referido a los pueblos maya, garífuna y xinca.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 127, establece que todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles y que una ley específica regulará la materia de aguas. El interés social debe privar en su uso y aprovechamiento. La legislación relativa al agua es amplia y, aunque no se ha dictado aún una ley de aguas, existen normas dispersas en todo el ordenamiento jurídico.

El Código Municipal¹⁸² constituye un instrumento jurídico relevante en términos de la apertura y el reconocimiento del derecho consuetudinario y de las autoridades indígenas, ya que orienta el cumplimiento de sus fines con base en las características multiétnicas, pluriculturales y multilingües del país. Reconoce las formas de organización social de las comunidades indígenas y les otorga el derecho de reconocimiento de su personalidad jurídica, previa inscripción en el Registro Civil. La importancia de esta norma radica en que establece expresamente que la administración interna de estas comunidades se registrará por sus propios valores, normativa y procedimientos, y reconoce el respeto que se debe a sus autoridades tradicionales.

Dentro de las competencias de los gobiernos municipales se incluye la preservación y promoción del derecho de los vecinos y de las comunidades de su jurisdicción a su identidad cultural, de acuerdo con los valores, idioma, tradiciones y costumbres propias.

La relación que tienen los Consejos Municipales con la provisión de servicios de agua es relevante, ya que constituye una de sus atribuciones principales. Por tal motivo, cuando en el texto del Código Municipal se reconocen, respetan y promueven las alcaldías indígenas¹⁸³ como una forma genuinamente ancestral de representación de las comunidades indígenas, se incorpora a la autoridad comunitaria en la estructura municipal del derecho formal.

Ese reconocimiento incluye el derecho de las Alcaldías Indígenas a aplicar sus propias formas de administración municipal e implica su aceptación no sólo como un espacio formal para la toma de decisiones, sino como un vínculo de relación con el gobierno local.

la política nacional; a fines de 2002, los candidatos indígenas ganaron gran cantidad de elecciones locales y, más recientemente, a comienzos de 2003, varios dirigentes indígenas destacados alcanzaron puestos de nivel ministerial (Información tomada de Internet. Fecha de consulta: 3/02/2006).

¹⁸² Decreto 12/2002 del Congreso de la República, publicado a ps. 1-13, del N° 12, tomo 269, de fecha 13/05/2002 del Diario de Centroamérica.

¹⁸³ Arts. 55-59, Código Municipal.

El nombramiento de los alcaldes comunitarios, llamados también auxiliares, es efectuado por el alcalde municipal, en tanto aquellos representen la expresión y voluntad de la comunidad. Una vez nombrados representan a la autoridad municipal por delegación expresa.

La función que cumple la Alcaldía Indígena en su jurisdicción como representante de la autoridad del municipio abarca los siguientes aspectos: a) se constituye en el vínculo formal entre la comunidad y la autoridad municipal; b) debe velar por el cumplimiento de la normativa municipal vigente y la conservación, protección y desarrollo de los recursos naturales dentro de su circunscripción municipal; c) le corresponde la promoción e integración sistemática de la comunidad en la problemática local y en las posibles soluciones; d) está a cargo de la gestión de programas y proyectos de beneficio comunitario; y e) debe mediar en los casos de conflicto o, cuando corresponda, acudir al Juzgado de Asuntos Municipales.

El Código Municipal también establece los procedimientos para asegurar una participación ciudadana efectiva, y para hacer una consulta con los vecinos sobre los asuntos que los atañe en forma directa o indirecta, cuando fuere necesario. El Consejo Municipal podrá aprobar la realización de la consulta, siempre que lo apruebe el voto de las dos terceras partes de los miembros del mismo. Si la consulta fuera a solicitud de los vecinos, se requerirá que la misma sea respaldada con la firma de como mínimo un 10% del total de los vecinos empadronados, y será vinculante si participa por los menos el 20% de los vecinos y si la mayoría vota a favor del asunto que se consulta.

El procedimiento que se adopte para la realización de consultas por el Consejo Municipal a vecinos de comunidades indígenas, o para los casos en que resultaran afectadas sus autoridades, deberá respetar las tradiciones y costumbres de esos pueblos y cumplirá las siguientes reglas: a) la consulta se realizará a través de una boleta diseñada específicamente a tal fin, la que deberá contener información relativa a la convocatoria y el asunto a tratar, fecha y los lugares donde ésta se realizará; y b) durante este proceso también se promoverá la aplicación de criterios propios del sistema jurídico de las comunidades involucradas en la gestión. El resultado será vinculante, si participó por lo menos el 50% de los vecinos empadronados y siempre que la mayoría haya ejercido el voto favorablemente al asunto consultado.

La consulta que verse sobre asuntos que atañen al municipio puede realizarse también por iniciativa del propio Concejo Municipal, en cuyo caso se requiere que voten a favor por lo menos las dos terceras partes de los miembros que lo conforman. Estas mismas reglas se aplicarán cuando el asunto a tratar se relacione con el uso, conservación y administración de tierras comunitarias, que por cualquier causa hubieran sido encomendadas al gobierno municipal. Este aspecto es de suma importancia debido a que históricamente los gobiernos municipales tuvieron un rol importante en el mecanismo de resguardo de las tierras comunitarias.

Otros espacios importantes para la participación e influencia de las organizaciones comunitarias se dan a través del procedimiento que fija el Concejo Municipal para la inclusión en el presupuesto municipal de los proyectos que interesan a las comunidades, y el acceso de éstas al informe de ingresos y egresos de ese presupuesto.

Los Consejos Municipales pueden utilizar el mecanismo de las “mancomunidades de municipios”, a las que se les reconoce personalidad jurídica propia, para lograr acuerdos comunes en la formulación de políticas y en la ejecución de obras y/o la prestación de servicios. En términos de provisión de servicios de agua potable, esta figura podría ser utilizada en función de la administración y el uso sustentable de los recursos hídricos desde la unidad de gestión de aquellos: la cuenca hidrográfica.

En materia de descentralización, participación ciudadana y fortalecimiento del poder local, son relevantes también las disposiciones incluidas en la Ley General de Descentralización¹⁸⁴ y en la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural¹⁸⁵, debido a que ambas contienen disposiciones específicas para el ejercicio de la participación pública. La descentralización es entendida a partir de lo establecido en el artículo 2 de la Ley General de Descentralización como “el proceso mediante el cual se transfiere desde el organismo ejecutivo a las municipalidades y demás instituciones del Estado, y a las comunidades organizadas legalmente, con participación de las municipalidades, el poder de decisión, la titularidad de la competencia de las funciones, los recursos de financiamiento para la aplicación de las políticas públicas nacionales, a través de la implementación de políticas municipales y locales en el marco de la más amplia participación de los ciudadanos en la administración pública, priorización y ejecución de obras, organización y prestación de servicios públicos, así como el ejercicio del control social sobre la gestión gubernamental y el uso de los recursos del Estado”.

En cuanto a las regulaciones aplicables al Juzgado de Asuntos Municipales, que es el órgano con jurisdicción y autoridad en el ámbito de la circunscripción municipal, cabe mencionar la normativa municipal y las relativas al derecho consuetudinario. Para ser nombrado juez de asuntos municipales se deben cumplir las regulaciones generales establecidas en la Ley del Organismo Judicial¹⁸⁶. El procedimiento administrativo es impulsado de oficio y debe ser oral, público, sencillo y sin mayores formalismos, por lo que es fundamental la intervención directa del juez en las diligencias de prueba.

Dentro del ámbito de la competencia del juez de asuntos municipales figuran la resolución y ejecución de asuntos relacionados con temas tales como el ornato, limpieza, salud, medio ambiente y/o servicios públicos municipales, entre ellos, los servicios de agua potable. El artículo 165 excluye de su ámbito lo relacionado con la aplicación del derecho consuetudinario. En los asuntos relacionados con transgresiones administrativas en las que además concurren hechos ilícitos, el juez certificará lo conducente al Ministerio Público. En este caso el juez toma-

¹⁸⁴ Decreto 14/2002 del Congreso de la República, publicado a ps. 14 y 15 del N° 12, tomo 269, de fecha 13/05/2002 del Diario de Centroamérica.

¹⁸⁵ Decreto 11/2002 del Congreso de la República, publicado a ps. 1-5 del N° 93, tomo 268, de fecha 15/04/2002 del Diario de Centroamérica.

¹⁸⁶ El postulante debe ser abogado o haber aprobado los cursos de derecho consuetudinario o derecho administrativo y los correspondientes procesales del *pensum*; hablar el idioma maya mayoritario del municipio donde ejercerá la función o en su defecto obtener el auxilio de un traductor para facilitar el ejercicio de sus funciones.

rá en consideración lo establecido por el derecho consuetudinario, y asegurará la intervención de un experto para asesorarse en esa materia.

Las sanciones aplicables a estos casos van desde amonestaciones verbales o escritas hasta multas, suspensión licencias o permisos municipales hasta por tres meses y su cancelación, según la gravedad de la falta. Al regular este procedimiento se incorpora la obligación de garantizar al denunciado el derecho de defensa.

Otro de los ámbitos en los que son aplicables las normas consuetudinarias es en casos de diligencias voluntarias de titulación supletoria, a las que se recurre frecuentemente en el sistema legal guatemalteco, debido a la falta de certeza jurídica existente respecto de muchas tierras de propiedad colectiva de comunidades indígenas y locales en Guatemala.

En materia de aguas cabe destacar la Ley Forestal¹⁸⁷, que protege las cuencas hidrográficas y establece, en su artículo 47, la prohibición de eliminar los bosques en las partes altas de las cuencas hidrográficas, sobre todo en aquellas que están ubicadas en zonas de recarga hídrica que abastecen fuentes de agua, ya que éstas gozan de una protección especial. Las partes altas de las cuencas sólo pueden ser sujetas a un manejo forestal sostenible.

La ley define las zonas de recarga hídrica, como aquellas áreas superficiales asociadas a una cuenca determinada, que colectan y permiten la infiltración del agua hacia niveles friáticos y/o acuíferos. El valor estratégico de estas áreas se da en función del agua de saturación, que es extraída por el hombre para sus actividades productivas.

El Instituto Nacional de Bosques (INAB) es la entidad que administra los bosques y fomenta, con recursos del Fondo Forestal Privativo, procesos de negociación y proyectos de manejo y restauración de cuencas, para reconocer a los propietarios de bosques los servicios ambientales generados por los ecosistemas forestales. También ejecuta el programa de incentivos forestales que, no obstante algunas limitaciones legales vigentes, incorporó un segmento del mismo para atender a pequeños propietarios y comunitarios, de manera tal que éstos puedan acceder al programa. En el anexo IV se incluyó legislación relativa a los recursos hídricos en Guatemala.

Las prácticas ancestrales en el uso del agua fueron difundidas mediante la tradición oral, que es una de las características del derecho indígena. Sin embargo, también se encuentran algunas regulaciones documentadas por vía de reglamentos comunitarios u otros, que fueron aprobados por los gobiernos locales. Éstos incluyen normas referidas al uso limitado del agua, y establecen programas de reforestación para los usuarios involucrados en el sistema. También contienen prohibiciones tales como las referidas al corte de árboles en áreas cercanas a los nacimientos o fuentes de agua, o a la utilización de potenciales contaminantes o deposición de desechos líquidos y sólidos en dichas fuentes. En muchos casos, los reglamentos sobre el uso

¹⁸⁷ Decreto 101/96 del Congreso de la República, publicado a páginas 1129- 1136 del N° 38, tomo 240, de fecha 4/12/96 del Diario de Centroamérica.

del agua no están documentados, pero los miembros del Comité responsable del control y cumplimiento del mismo tienen conocimiento sobre los acuerdos consensuados en las asambleas comunitarias.

4. Paraguay

En la Constitución se incorporó el reconocimiento de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas y su existencia como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo (art. 62).

A su vez, el Estado paraguayo reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat, y establece en el artículo 63 de la Constitución que “tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social y económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

Sin embargo, estos derechos no están reflejados en las normas, ni en las políticas nacionales sobre comunidades indígenas y grupos étnicos. Este hecho fue advertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sendas sentencias relacionadas con el acceso a la tierra y a los recursos naturales necesarios para preservar su vida y cultura. (Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C, número 125; y Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Sentencia 29 de marzo de 2006, Serie C, número 146)¹⁸⁸.

La autoridad administrativa encargada de aplicar la legislación indígena en el Paraguay es el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), organismo descentralizado y autárquico que se relaciona con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Culto.

Puede apreciarse que estos derechos no se reflejan como tales en sus funciones (art. 32, Ley 904/81), que son las siguientes:

- Establecer y aplicar políticas y programas;
- Coordinar, fiscalizar y evaluar las actividades indigenistas del sector público y privado;
- Prestar asistencia científica, técnica, jurídica, administrativa y económica a las comunidades indígenas, por cuenta propia o en coordinación con otras instituciones y gestionar la asistencia de entidades nacionales o extranjeras;

¹⁸⁸ Santagada, Ezequiel F., “Comunidades indígenas y ambiente”, en *Régimen jurídico ambiental de la República del Paraguay. Análisis crítico. Normas legales y reglamentarias actualizadas y concordadas*, IDEA/SISNAM, 2007.

- Realizar censos de la población indígena en coordinación con las entidades indígenas o indigenistas;
- Realizar, promover y reglamentar investigaciones relativas a indígenas y difundir información acerca de ellas, con la conformidad del INDI y la comunidad;
- Adherir a los principios, resoluciones y recomendaciones de entidades internacionales indigenistas, que concuerden con los fines de la Ley 904/81, y promover, a su vez, la adhesión de ellas a los objetivos del INDI;
- Apoyar las gestiones y denuncias de los indígenas ante entidades gubernamentales y privadas;
- Estudiar y proponer las normas que deban regir en materia de Registro Civil, servicio militar, educación, responsabilidad penal y documentación de identidad para los indígenas y velar por su cumplimiento;
- Mantener relaciones con entidades nacionales e internacionales indigenistas, asesorarlas y hacer cumplir los convenios sobre la materia;
- Promover la formación técnico profesional del indígena, especialmente para la producción agropecuaria, forestal y artesanal, y capacitarlo para la organización y administración de las comunidades; y
- Realizar otras actividades que tengan relación con los fines del INDI.

La Ley 904/81 establece como prioridades en la utilización de los recursos del INDI las siguientes: adquisición de tierras para asentamientos indígenas; gastos que demanden los asentamientos indígenas; y financiamiento de programas de las comunidades indígenas.

De su lectura se deriva que esta norma refleja escasamente los preceptos constitucionales mencionados anteriormente, e incluso en algunos puntos podría interpretarse que confronta directamente con la Carta Magna. No existe mención alguna respecto al reconocimiento de los sistemas de organización política, social y económica, cultural y religiosa, ni la forma en que las normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna se relacionarían con “las normas que deban regir en materia de Registro Civil, servicio militar¹⁸⁹, educación, responsabilidad penal y documentación de identidad para los indígenas”.

En Sawhoyamaya, la CIDH estableció que “desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que

¹⁸⁹ Recordemos que la Constitución Nacional, en el art. 65, establece: “Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como las cargas públicas que establezca la ley”.

a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes”, utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor” (cons. 120 y 121).

En Paraguay no existe normativa legal o de rango inferior que refleje en forma expresa el derecho de los indígenas a los recursos naturales vinculados con sus tierras tradicionales. Sin embargo, tanto el Convenio 169 –por haber sido incorporado al ordenamiento positivo nacional– como los precedentes de la Corte Interamericana, que expresaron el sentido que debe dársele a los derechos indígenas, permiten concluir que el vínculo vida-tierra es comprensivo del vínculo vida-recursos naturales, y que este vínculo es parte de su derecho consuetudinario.

6

Derecho consuetudinario y derecho escrito: instituciones y mecanismos para promover la incorporación del derecho consuetudinario y de las prácticas ancestrales en el sistema formal. Espacios de participación

Uno de los principales desafíos consiste en evaluar cuál es la manera más adecuada para incorporar efectivamente las prácticas ancestrales y el derecho consuetudinario de los grupos indígenas y otras comunidades en el sistema formal. A tal fin, deberán ser identificados los mecanismos necesarios para lograr dicho objetivo y las instituciones que puedan favorecer la integración del sistema no formal en el formal.

Asimismo será necesario fortalecer los espacios contemplados por la normativa, políticas e instituciones existentes, que posibilitan la participación de los grupos y comunidades indígenas y locales, o promoverlos cuando éstos no existieran. A continuación se expondrán los mecanismos ya existentes en cada uno de los países analizados, y otros sugeridos para lograr la integración en el sistema formal de los derechos consuetudinarios y de las prácticas ancestrales referidas a los recursos naturales y a la gobernanza de los recursos hídricos.

1. Colombia

Mecanismos de participación: instrumentos internacionales, normas y ámbitos institucionales que los contemplan. Jurisprudencia

Tanto el Convenio de la OIT como la legislación nacional prevén mecanismos de participación de los grupos étnicos en relación con los recursos naturales existentes en sus territorios.

De manera general, el Convenio 169 señala que, al aplicarlo, los gobiernos deben consultar mediante procedimientos apropiados a los pueblos interesados, cuando se prevea la adopción de medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos en forma directa (art. 6). Tal es el caso de la declaración de un área protegida o de otras áreas de manejo especial como las cuencas en ordenación, cuyos límites coincidan con los territorios de esos pueblos. La obligación de realizar la consulta obedece a que a través de estas figuras (que se declaran por acto administrativo de autoridad competente) y de sus planes¹⁹⁰ se producirá algún impacto a las

¹⁹⁰ El plan de ordenación y manejo que se deriva de la figura de cuenca en ordenación se aprueba, por mandato del Decreto 1729, por medio de acto administrativo. Algunas autoridades aprueban los planes de otras categorías por medio de actos administrativos aunque la ley no lo exija expresamente. En todo caso, ese instrumento, una vez que es oficial, tiene tal carácter.

comunidades, ya que todas ellas conllevan una afectación y regulación respecto del uso del área sujeta a declaración, que varía según el tipo de la figura que se adopte. Existen categorías estrictas y otras que admiten un uso directo, pero la creación de todas ellas en alguna medida conlleva la existencia de limitaciones al uso de mayor envergadura que las existentes en el territorio nacional, las que se determinan y hacen efectivas en la práctica a través de la aplicación del plan de manejo respectivo.

Aun cuando se considere que de la declaración de este tipo de áreas puede resultar un beneficio para las comunidades (por ej., mayores recursos de inversión en sus territorios; apoyo y asistencia a sus actividades; mayor protección en caso de proyectos y obras que afecten estas áreas), la creación de estas figuras implica que en ese territorio estará interviniendo una autoridad diferente a las de las propias comunidades. Ésta adoptará decisiones que tendrán incidencia directa en la regulación de los recursos naturales, en particular del agua, cuyo fin es el cumplimiento de los objetivos de conservación perseguidos a partir de la declaratoria del área respectiva.

El Convenio de la OIT mencionado anteriormente, al evaluar los posibles efectos que pudieran afectar a las comunidades, establece que los derechos de los grupos étnicos a los recursos naturales existentes en sus tierras deben protegerse especialmente, y que éstos comprenden el derecho a participar en la “utilización, administración y conservación” de los mismos (art. 15). Si bien el artículo es muy claro al respecto, esta disposición prevé la participación de las comunidades en las actividades mencionadas, como uno de los derechos que se desprende de un conjunto de derechos que éstas poseen sobre los recursos naturales –y sobre el agua en particular– ubicados en sus territorios.

De manera complementaria, el artículo 330 de la Constitución establece, en uno de sus párrafos, que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas se hará sin ir en desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. A su vez, dispone que el Gobierno propiciará la participación de las comunidades en las decisiones que se adopten en la materia. Posteriormente, la Ley 99 de 1993 reprodujo esa disposición en su artículo 76, ampliando su alcance a los proyectos que afecten territorios de las comunidades negras, y dispuso que las decisiones que se adopten sobre la materia requerirán de una previa consulta a los representantes de las comunidades.

El Decreto 1397 de 1996¹⁹¹ estableció que las licencias ambientales no podrán ser otorgadas sin que se realicen los estudios acerca del impacto económico, social y cultural que pueden producir los proyectos sobre las comunidades indígenas. Éstos deben hacerse con la participación de las comunidades, y sus resultados integrarán el estudio de impacto ambiental correspondiente. El artículo 7 de la norma establece que “cuando de los estudios, o a consideración

¹⁹¹ “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.”

de la autoridad ambiental o del seguimiento con la participación de las comunidades afectadas, sus autoridades y organizaciones, se desprenda que se puede causar o se está causando desmedro a la integridad económica, social o cultural de los pueblos o comunidades indígenas, se negarán, las licencias, mediante resolución motivada”¹⁹².

Con base en esas disposiciones, la Corte Constitucional interpretó que cuando la participación de las comunidades esté ligada a decisiones que afecten la integridad y supervivencia del grupo étnico, ésta adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se constituye en un instrumento básico para preservar esa integridad y asegurar su subsistencia¹⁹³. De tal manera, el derecho fundamental de la comunidad a preservar su integridad se garantiza y hace efectivo a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental: el de participación¹⁹⁴.

Una de las modalidades de participación de estas comunidades es la consulta, que como mecanismo especial de participación fue considerado un derecho fundamental en sí mismo, por su vinculación con la defensa de la integridad cultural¹⁹⁵.

La realización de la consulta previa para la explotación de recursos naturales dentro de los territorios de comunidades indígenas y negras se encuentra reglamentada por el Decreto 1320 de 1998, el cual regula su participación sólo en el procedimiento para la obtención de licencias ambientales otorgadas por la autoridad ambiental, para la realización de proyectos, obras y

¹⁹² Adicionalmente, el Decreto 1397 de 1996 dispone que “ninguna obra, exploración, explotación o inversión podrá realizarse en territorio indígena sin la previa concertación con las autoridades indígenas, comunidades y sus organizaciones” (art. 8).

¹⁹³ Son muy numerosas las sentencias que se pronuncian en este sentido, por ejemplo: SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-652 de 1998, entre otras.

¹⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-39 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-39 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, reiterada en Sentencias T-652 de 1998 y SU-383 de 2003, entre otras. Pese a estas manifestaciones contundentes de la Corte, en el país se siguen otorgando licencias ambientales sin cumplir el requisito de la consulta previa, afectando a las comunidades como el caso que documenta el periódico *El Espectador* del domingo 27 de agosto de 2006, donde se menciona el otorgamiento de una licencia ambiental para la construcción de un puerto multipropósito en el departamento de La Guajira (Dibulla), licencia que había sido negada por el mismo ministerio en tres ocasiones anteriores por considerarlo no viable ambientalmente ya que todos los conceptos técnicos, incluyendo los de los Institutos de Investigación INVEMAR y Alexander von Humboldt, así lo manifestaron. Entre otras, por tratarse de una zona con restricciones ambientales significativas sólo apta para embarcaciones de recreo y actividades ecoturísticas, y porque se afectarían los manglares, y los Santuarios de Fauna y Flora Los Flamencos y el Parque Nacional Natural Sierra Nevada. A ello se suma que el representante del resguardo kogui-malayo-arhuaco manifestó que no se había adelantado ningún proceso de consulta con las autoridades indígenas, pese a que el mismo Ministerio de Ambiente reconoció la hacienda donde se construirá el puerto como un sitio sagrado. Frente a estas irregularidades, el periódico en mención consulta la opinión de Juan Mamatacan Moscote, gobernador del cabildo indígena (entrevistado para este trabajo), quien señala: “Nosotros no permitimos esa construcción porque allí es un sitio sagrado, un sitio especial para las tres etnias. El Gobierno parece que nos está engañando, nos pide hablar, pero luego actúa de otra manera”.

actividades que lo requieran¹⁹⁶ y para la obtención de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables¹⁹⁷.

No fue reglamentada, en cambio, la participación de las comunidades en otros temas distintos al anteriormente mencionado, pero que también pudieran afectarlas. Ello hizo que durante años se sostuviera que el mecanismo de consulta previa solo procedía para el supuesto del párrafo del artículo 330 al que se refirió antes. Por tal motivo, la Corte aclaró en una sentencia del año 2003 de unificación de jurisprudencia, que “el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especi-

¹⁹⁶ Las licencias ambientales son un instrumento administrativo exigido previamente a la realización de obras o actividades susceptibles de producir deterioro grave a los recursos naturales o al ambiente, o introducir modificaciones al paisaje. Para su otorgamiento, el interesado debe presentar un estudio de impacto ambiental que contenga toda la información sobre la localización del proyecto y de los elementos bióticos, abióticos y socioeconómicos que puedan deteriorarse por la obra o actividad, así como la evaluación de los impactos que puedan producirse. La licencia ambiental lleva implícitos todos los permisos, concesiones y autorizaciones que se requieran para el uso o afectación de los recursos naturales necesarios para el desarrollo de la actividad, y es el mecanismo a través del cual se imponen obligaciones a sus titulares para adoptar las medidas de prevención, corrección, mitigación, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto autorizado.

Corresponde al ministerio privativamente otorgar licencia para la construcción de presas, represas o embalses con capacidad superior a 200 millones de m³; ejecución de obras públicas de la red fluvial nacional (construcción de puertos, cierre de brazos y madrevejas, dragados de profundización de canales navegables y deltas); construcción de distritos de riego para más de 20.000 has; transvase de una cuenca a otra de corrientes de agua que excedan de 2 m³/seg durante los períodos de mínimo caudal; construcción o ampliación de puertos marítimos de gran calado, entre otras.

Corresponde a las CAR y a las autoridades ambientales urbanas otorgar o negar licencias para: la construcción de presas, represas o embalses con capacidad igual o menor a 200 millones de m³; la construcción, ampliación y operación de puertos marítimos que no son de gran calado (los dragados de profundización de los canales de acceso a esos puertos, la construcción de rompeolas, tajamares, canales y rellenos hidráulicos, la estabilización de playas y entradas costeras, la creación de playas artificiales y de dunas); la ejecución de obras privadas en la red fluvial nacional (construcción y operación de puertos, cierre de brazos y madrevejas, construcción de espolones, dragados de profundización en canales navegables y en deltas); la construcción y operación de sistemas de tratamiento de aguas residuales para poblaciones iguales o superiores a 200.000 habitantes.

¹⁹⁷ Las CAR son la máxima autoridad ambiental de su jurisdicción y las ejecutoras de las políticas, planes y normas trazadas por el ministerio. Son responsables de la administración, uso sostenible, aprovechamiento, protección, vigilancia y control de los recursos naturales renovables de su jurisdicción. Otorgan las concesiones de agua, los permisos de vertimiento, las licencias ambientales en los casos no asignados de manera privativa al ministerio; fijar límites permisibles de descarga de sustancias que puedan afectar el ambiente o los recursos naturales renovables; prohibir, restringir o regular el vertimiento de sustancias causantes de degradación ambiental; recaudar las contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas por concepto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables; ordenar las cuencas hidrográficas de su jurisdicción; promover y ejecutar obras de irrigación, defensa contra las inundaciones, regulación de cauces y corrientes de agua; y ejercer labores de seguimiento, control y vigilancia, entre otras materias (art. 31, Ley 99).

dad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida (...) la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –art. 94, CP–; ii) dado que el convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales; iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban–; y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad”¹⁹⁸.

De esta forma se deja en claro que el hecho de que la Carta Magna resalte la obligatoriedad de la consulta en el caso del párrafo del artículo 330 mencionado, no implica la exclusión de ese mecanismo para su utilización en otras situaciones en las que se afecte la integridad y subsistencia del grupo étnico, como por ejemplo en el caso de fumigación de cultivos ilícitos en territorios colectivos¹⁹⁹.

Sin embargo, debido a que para los casos diferentes a los previstos en el Decreto 1320 de 1998 no existe un procedimiento sobre la forma en que debe desarrollarse el proceso de consulta, la Corte optó por señalar, caso por caso, los pasos que deben seguirse al momento de dictar las sentencias en que se ordena la realización de la consulta²⁰⁰.

¹⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹⁹ La Corte Constitucional, en Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, ordenó la consulta para la aspersión aérea de herbicidas en la región de la amazonía colombiana (departamentos del Putumayo, Guaviare, Guainia, Vaupés Amazonas y Caquetá), procedimiento que se estaba adelantando sin surtir la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, por lo cual la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana interpuso acción de tutela contra la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente –hoy del Interior y la Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial–, el Consejo Nacional de Estupefacientes (cada uno de sus integrantes y el Director Nacional de Estupefacientes) y la Policía Nacional.

²⁰⁰ Así, en la Sentencia SU-383 de 2003, estableció de manera particular para ese evento (consulta a pueblos indígenas de la amazonía sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que se adelanta en sus territorios), el procedimiento y el plazo que se debía seguir para realizar la consulta ordenada en el fallo. Básicamente, la Corte fijó un plazo de tres meses para realizar el proceso de consulta que dividió en dos fases: la primera para determinar el método que se aplicará para adelantar la consulta definitiva, el ámbito territorial de la misma y los medios adecuados para la erradicación de los cultivos en los territorios delimitados, y la segunda fase, o definitiva, para adelantar la consulta efectiva a los pueblos indígenas, sobre todas las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos en sus territorios.

A pesar de ello, en ciertos casos la Corte manifestó que el Decreto 1320 de 1998 no garantizaba el derecho de participación en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT, y ordenó que no se aplicara. En tales sentencias indicó los pasos que debían seguirse para la realización de las consultas respectivas²⁰¹. A pesar de que la Corte hizo referencia a las falencias del decreto en mención, no fue demandada aún su inconstitucionalidad (recuérdese que el Convenio de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad), motivo por el que sigue aún vigente²⁰².

Ante la ausencia de un procedimiento específico para realizar la consulta en casos diferentes a los previstos en el Decreto 1320, cobra importancia la existencia del Decreto 1397 de 1996, que creó la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas²⁰³. Este mecanismo tiene por objeto concertar, entre los pueblos y organizaciones indígenas y el Estado, las decisiones administrativas y legislativas que fueran susceptibles de afectarlos y evaluar

²⁰¹ Por ejemplo, en la Sentencia T-955 de 2003 que ordenó consultar al consejo comunitario mayor de la cuenca del río Cacarica sobre la reglamentación del aprovechamiento forestal en el territorio colectivo de esta comunidad negra, también fijó para ese caso concreto el procedimiento a seguir en esa consulta y los plazos, dividiéndolo en las dos fases mencionadas. Previamente, en la Sentencia T-652 de 1998 interpuesta por la comunidad emberá-katio por los perjuicios ocasionados a la comunidad por la construcción de la represa de Urrá, esa corporación sustrajo el procedimiento de consulta de esa licencia ambiental del previsto en el Decreto 1320, el cual ordenó inaplicar por considerar que quebrantaba el espíritu del Convenio 169 en el tema de la participación, y en su lugar fijó en el fallo las pautas para realizar esa consulta. Así ordenó “a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen el Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”.

²⁰² Entre los reparos que hace la Corte a este Decreto 1320, se encuentran que el mismo fue expedido sin recurrir a la consulta previa y que la consulta diseñada en él no se ajusta a los dictados del Convenio 169. Además, resalta que el Consejo de Administración de la OIT aprobó un informe de comisión de expertos que coincide en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998, así: “a) pida al Gobierno que modifique el Decreto 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio; b) solicite al Gobierno que aplique plenamente los artículos 6 y 15 del Convenio y que considere establecer consultas en cada caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (Informe GB.282/14/3 del Comité de Expertos).

²⁰³ Pertenecen a la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas los ministros del Interior y de Justicia, Agricultura y Desarrollo Rural, Ambiente y Desarrollo Territorial, Hacienda y Crédito Público, Comercio Industria y Turismo, Minas y Energía, Protección Social, y Educación Nacional o sus delegados, el director del Departamento Nacional de Planeación, los consejeros presidenciales de Fronteras y de Política Social, los senadores y los ex constituyentes indígenas, los presidentes de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), un delegado por la Confederación Indígena Tayrona y un delegado por cada macro región CORPES o por las Regiones Administrativas de Planificación, que se conformen de acuerdo con el artículo 306 de la Constitución Nacional, seleccionados por las organizaciones indígenas de la respectiva región.

Además, la Organización Internacional del Trabajo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Conferencia Episcopal de Colombia son invitados permanentes del Gobierno a la Mesa en mención, en calidad de veedores y, tanto en sus deliberaciones como en las comisiones temáticas, pueden participar los asesores que los grupos indígenas y tribales designen.

la ejecución de la política indígena del Estado. El decreto le confiere a la Mesa sólo funciones relacionadas con las comunidades indígenas. Las comunidades negras no forman parte de este espacio.

Entre las funciones de la Mesa podemos enunciar las siguientes:

- Preparación de los procedimientos necesarios para acordar, entre los pueblos y organizaciones indígenas, la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, de acuerdo con las particularidades de cada uno;
- Concertación respecto de la expedición del decreto para tal fin; y
- Acordar el procedimiento transitorio requerido para la participación, consulta y concertación con comunidades indígenas, mientras se expide el decreto reglamentario, respetando los usos y costumbres de cada pueblo (art. 12)²⁰⁴.

Esta Mesa constituye un espacio propicio para tramitar los procesos de consulta o concertación²⁰⁵, hasta que se expida el reglamento que regule la consulta previa para casos diferentes a los del Decreto 1320. Sin embargo, cabe señalar que la Corte Constitucional, en los fallos mencionados anteriormente en los que ordenó no aplicar el citado Decreto 1320, no acudió a este mecanismo para realizar las consultas ordenadas en sus propios fallos, pese a ser posteriores a la creación de la Mesa. Contrariamente, fijó en la misma sentencia el procedimiento aplicable a cada caso. En la Sentencia SU- 383 de 2003, dispuso que esta instancia (se refiere a la Mesa), no era óbice para que el gobierno acudiera a otro mecanismo para acordar con los pueblos indígenas y tribales el procedimiento que seguirá para adelantar las consultas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. De esta manera le resta protagonismo a esa instancia.

El resultado de la consulta no obliga a la autoridad competente. La misma Corte reconoce que el derecho a la consulta “no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las

²⁰⁴ Otras funciones de esta Mesa son: concertar el desarrollo de los derechos constitucionales indígenas en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos y la legislación ambiental; y revisar los permisos y licencias otorgados sobre territorios indígenas y los que estén en trámite y solicitar su suspensión o revocatoria cuando sean violatorios de los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con la legislación especial. Frente a esta última función, el Consejo de Estado, en sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 8/10/98, radicación 4373, M.P. Libardo Rodríguez, aclaró que “si bien a dicha Mesa le asiste la facultad de solicitar la suspensión y la revocatoria de los permisos y licencias ambientales otorgados sobre territorios indígenas, no puede decidir sobre ellos ni imponer decisión alguna a la autoridad ambiental”.

²⁰⁵ El Consejo de Estado, en sentencia de sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 8/10/98, radicación 4373, M.P. Libardo Rodríguez, al resolver la demanda de nulidad contra partes del Decreto 1397 de 1996, aclaró que la Mesa Permanente de Concertación no tiene poder decisorio, sino sólo de concertación ya que busca acercar a las partes en la formulación de propuestas viables, y señala que ninguna de sus funciones implica la facultad de adoptar decisiones jurídicas, pues no pueden introducir modificaciones en el ordenamiento jurídico.

medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados parte consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo”²⁰⁶.

Tal aseveración hizo que en muchos casos esos procesos de consulta se convirtieran en meros trámites o simples formalidades adicionales para obtener una licencia o un permiso, o en un paso previo a la presentación de un proyecto de ley, desvirtuándose su función de proteger a las comunidades.

Danilo Villafañe, frente a la realización de obras o explotación de recursos naturales en sus territorios, manifestó que no es suficiente que se los consulte si luego se desconocen sus decisiones. Ellos (los indígenas) son, en su opinión, autoridades públicas y tienen una misión y un sentido de responsabilidad que es lo que los define como arhuacos y koguis. El Estado no puede impedir que ellos cumplan su misión de vigilancia y cuidado de la “madre” (se refiere a la tierra), porque ello redundaría en la pérdida de su esencia, identidad y dignidad y, por ende, su desaparición como pueblos. Por esta razón, si ellos (las comunidades) dicen que algún proyecto u obra no puede realizarse, debe respetarse esa decisión en lugar de ignorarla y continuar los proyectos sin su consentimiento.

Conforme con lo expuesto anteriormente, queda establecido con claridad que el alcance que tiene la consulta previa en la legislación colombiana para decidir sobre la protección y el manejo de los recursos hídricos y el territorio resulta insuficiente para las comunidades. Tal es el caso de la comunidad de los arhuacos y koguis. Tampoco garantiza su subsistencia como grupos étnicos. Según Ulloa²⁰⁷, pese a que la participación es un instrumento importante en todas las políticas ambientales, ésta se regula en la mayoría de los casos de acuerdo con los esquemas occidentales de participación, haciendo inviables estos procesos para las comunidades.

Frente a esta situación, la Corte Constitucional, siguiendo los mandatos del Convenio 169²⁰⁸, insistió en varias de sus sentencias en que este mecanismo debe realizarse de buena fe y garantizando una participación efectiva en la adopción de la decisión. Pero como legalmente el resultado de la consulta no obliga al Estado, dijo que cuando no fuera posible llegar a un acuerdo o concertación, la decisión de la autoridad no debería ser arbitraria ni autoritaria, sino objetiva, razonable y proporcionada al mandato constitucional, que exige al Estado la protección de la identidad de las comunidades. Dijo así que “en todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros (...) Es necesario

²⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁰⁷ Ulloa, ob. cit.

²⁰⁸ “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6, num. 3).

que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”²⁰⁹.

La jurisprudencia destacó a la consulta previa como un mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y negros que están en conflicto con otros intereses colectivos (por ej., la construcción de obras de infraestructura, exploración y explotación de hidrocarburos y recursos del subsuelo), y establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor²¹⁰.

La Corte manifestó, en una de sus sentencias, que la interpretación constitucional debe armonizar en lo posible los principios constitucionales en tensión, ya que es probable que en una situación determinada existan razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando ésta sea proporcionada y respete el contenido esencial del derecho afectado. La restricción puede ser mayor a las limitaciones ordinarias, siempre y cuando el incremento en el grado de limitación del derecho sea estrictamente proporcionado para alcanzar un fin específico de carácter imperioso²¹¹.

La Corte Constitucional se pronunció también respecto del tema de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, y manifestó que es necesaria la armonización de dos intereses contrapuestos: por un lado, la necesidad y el deber del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los territorios colectivos para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución de conformidad con el artículo 80 de la Carta; y por el otro, la necesidad de proteger la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que habitan dichos territorios. Señala que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que busca la explotación de dichos recursos y la preservación de la integridad, que es condición para la subsistencia del grupo indígena²¹².

La legislación ambiental prevé una serie de mecanismos de participación en la gestión ambiental a los que pueden acceder todos los ciudadanos²¹³, incluso los miembros de comunidades indígenas o negras (sin que se hagan consideraciones especiales para ellas). Tal es el caso del derecho de toda persona natural o jurídica, pública o privada, a intervenir en los procedimientos administrativos ambientales en trámite, iniciados para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que puedan afectar el medio ambiente; o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones

²⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

²¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002, M(s).P(s). Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas.

²¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²¹³ Esos modos y procedimientos de participación ciudadana se encuentran consagrados en el Título X de la Ley 99 de 1993.

ambientales. No es necesario para ello demostrar interés jurídico alguno. En virtud de esta facultad, cualquier persona puede ser parte de uno de esos procedimientos administrativos, pedir copias y presentar recursos.

También contempla el mecanismo de las audiencias públicas respecto de decisiones ambientales²¹⁴, cuya realización puede ser solicitada por el procurador general de la nación o el delegado para asuntos ambientales y agrarios; el defensor del pueblo; el ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; los directores generales de las demás autoridades ambientales; los gobernadores; los alcaldes o por lo menos cien personas o tres entidades sin ánimo de lucro.

De conformidad con lo establecido por el Decreto 2762 de 2005, reglamentario de la materia, las audiencias pueden celebrarse con anticipación al acto que termine en la actuación administrativa. Ya sea para la expedición o modificación de la licencia ambiental o de los permisos que se requieran para el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables –inclusive todos los relacionados con los recursos hídricos (concesiones, permisos de vertimientos)– o durante la ejecución de un proyecto, obra o actividad, cuando ocurra una manifiesta violación de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones bajo los cuales se otorgó la licencia o el permiso ambiental.

Espacios de participación

En Colombia existen varios espacios políticos, gubernamentales y legislativos en los que se contempla la participación de los grupos étnicos, que podrían ser aprovechados para incidir en la incorporación de los derechos consuetudinarios vinculados al agua en la normativa del sistema formal, y para la consideración y el respeto de las prácticas y usos tradicionales en la toma de decisiones relacionadas con la gestión y el manejo de los recursos hídricos.

Entre ellos podemos mencionar los siguientes en distintos ámbitos:

*En el nivel legislativo*²¹⁵: la Constitución consagró para las comunidades indígenas una circunscripción nacional especial en el Senado, que otorga el derecho a tener dos senadores indígenas (art. 171, CP). En la Cámara de Representantes se prevé una circunscripción especial para grupos étnicos, en el cual las comunidades negras tienen derecho a tener dos curules y los indígenas a una curul (art. 176, CP)²¹⁶.

²¹⁴ “La audiencia pública ambiental tiene por objeto dar a conocer a las organizaciones sociales, comunidad en general, entidades públicas y privadas la solicitud de licencias permisos o concesiones ambientales, o la existencia de un proyecto, obra o actividad, los impactos que éste pueda generar o genere y las medidas de manejo propuestas o implementadas para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar dichos impactos; así como recibir opiniones, informaciones y documentos que aporte la comunidad y demás entidades públicas o privadas” (art. 1, Decreto 2762 de 2005).

²¹⁵ En Colombia, el Congreso de la República está integrado por dos cámaras: el Senado que se elige por circunscripción nacional y la Cámara de Representantes que se integra por representación de los departamentos del país (circunscripción territorial).

²¹⁶ Los representantes de comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos al Congreso por las circunscripciones especiales referidas deben haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o

En el nivel gubernamental: también se contempla la participación de representantes de los grupos étnicos en distintas instancias.

Espacios del Sistema Nacional Ambiental (SINA): contempla participación en los siguientes ámbitos institucionales:

- Consejo Nacional Ambiental: el mismo fue creado para garantizar la participación y coordinación intersectorial en el nivel público (en la formulación de políticas, planes y programas ambientales). Este Consejo está presidido por el ministro de Ambiente²¹⁷ que posee entre sus funciones las siguientes: recomendar medidas que permitan armonizar la protección de los recursos naturales con la ejecución de proyectos de desarrollo económico y social; proponer al gobierno la política y los mecanismos de coordinación de las actividades de las entidades y organismos públicos y privados cuyas funciones pueden afectar el ambiente y los recursos naturales; y formular recomendaciones para adecuar el uso del territorio y los planes y proyectos de construcción o ensanche de infraestructura pública a un aprovechamiento sostenible del ambiente.

Está integrado por 24 miembros que representan al sector público, la sociedad civil y los gremios. La sociedad civil está representada por un miembro de cada uno de los siguientes sectores: comunidades indígenas, comunidades negras, gremios (agrícola, industrial, minero, exportador y forestal), organizaciones no gubernamentales y universidad.

Las funciones asignadas por la ley a este Consejo fueron cumplidas parcialmente, ya que en la práctica su papel se redujo a la adopción de los documentos de política ambiental que se presentan a su consideración²¹⁸. Sin embargo, resulta importante que en el escenario de adopción de las políticas estén representados los grupos étnicos.

- Consejos directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR): les corresponde nombrar al director general y aprobar el plan general de actividades y el presupuesto de

haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización refrendado por el Ministerio del Interior. Los candidatos de las comunidades negras, para ser elegidos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial, deben ser miembros de la respectiva comunidad y avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

²¹⁷ El Ministerio de Ambiente es el organismo rector de la gestión ambiental del país, en este sentido es el encargado de definir las políticas y regulaciones a las que se debe sujetar la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el ambiente. Igualmente, debe formular la política nacional ambiental junto con el Presidente de la República, garantizando la participación de la comunidad. Tiene la misión de coordinar el Sistema Nacional Ambiental (SINA) para asegurar la adopción y ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos respectivos.

²¹⁸ Entre las políticas presentadas a este Consejo y adoptadas hay varias relacionadas con la conservación y manejo de los recursos hídricos como: los Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua, Política Nacional de Humedales Interiores de Colombia, Programa para el Manejo Sostenible y Restauración de Ecosistemas de la Alta Montaña Colombiana: Páramos; Ordenamiento de Zonas Costeras y Espacios Oceánicos, entre otras.

inversión de la corporación. Este Consejo lo integran además de los representantes del sector público (el gobernador que lo preside; hasta cuatro alcaldes comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la corporación; un representante del ministro de Ambiente y un representante del Presidente de la República), un representante de las comunidades indígenas y otro de las comunidades negras tradicionalmente asentadas en la zona de jurisdicción de la corporación elegido por aquellas, dos representantes de los gremios de la producción y dos representantes de las organizaciones no gubernamentales ambientales.

En el Sistema Nacional de Reforma Agraria: se destaca la participación en el Consejo Directivo del INCODER²¹⁹, autoridad encargada de llevar adelante el proceso para la titulación colectiva de tierras a las comunidades negras y los procesos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de los resguardos indígenas.

La Ley 160 de 1994 impone al INCODER el deber de sanear los resguardos indígenas constituidos en la zona de reserva forestal de la Amazonía y del Pacífico, lo cual implica comprar las tierras que estén ubicadas dentro de los resguardos y en manos de personas no indígenas (colonos, campesinos, propietarios privados). Por su parte, el Decreto 2663 de 1994 le asigna la función de deslindar las tierras de propiedad de los resguardos indígenas y las adjudicadas a las comunidades negras, de aquellas que pertenecen a los particulares, conforme con lo establecido por la Ley 70 de 1993.

Además, esta entidad está encargada de determinar los planes y programas de administración de los recursos pesqueros y acuícolas; otorgar permisos, patentes, concesiones y autorizaciones para ejercer la actividad pesquera y acuícola; realizar la evaluación del impacto de la actividad pesquera y acuícola; e informar a las autoridades ambientales sobre las anomalías encontradas en el medio acuático donde se desenvuelve la actividad pesquera y acuícola para su oportuna recuperación. También debe “propender a un adecuado uso y aprovechamiento de las aguas y las tierras rurales aptas para la explotación forestal y agropecuaria, así como de las tierras incultas, ociosas o deficientemente aprovechadas, impulsando esquemas de acceso y en donde sea necesario, corrigiendo la estructura de tenencia con miras a garantizar su distribución ordenada y su uso racional, en coordinación con los organismos públicos y entidades competentes” (art. 4, Decreto 1300 de 2003).

En las instancias de planificación del Estado: el Convenio 169 establece que debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas y tribales en la formulación, aplicación y evaluación de

²¹⁹ El Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) está integrado por “el ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado quien lo preside, el ministro de la Protección Social o su delegado, el ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o su delegado, el director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, un delegado del Presidente de la República, un representante de las organizaciones campesinas, un representante de las organizaciones indígenas, un representante de las organizaciones afrocolombianas, un representante de los gremios del sector agropecuario” (art. 6, Decreto 1300). El Decreto 3520 de 2003 estableció los mecanismos para la elección de estos representantes ante el Consejo Directivo del INCODER.

los planes y programas de desarrollo que puedan afectarlos directamente. Estos pueblos deben tener derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, cuando éste afecte su vida, sus creencias, instituciones y el bienestar espiritual, o las tierras que ocupan o utilizan. A su vez deben controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural (art. 7).

La Constitución dispuso que cada gobierno debe elaborar un plan nacional de desarrollo, conformado por una parte general y un plan de inversiones. En la parte general señala los objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental, que serán adoptadas por el gobierno durante el respectivo período presidencial (cuatro años). Las entidades territoriales deben elaborar planes de desarrollo en su jurisdicción, garantizando su coherencia con el nacional²²⁰.

A tal fin, y como instancia de carácter consultivo, la Constitución dispone la creación de un Consejo Nacional de Planeación, que servirá de foro para la discusión del plan nacional de desarrollo antes de su aprobación por el Congreso. El mismo estará integrado por representantes de las entidades territoriales y por los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales²²¹. Lo integrarán, además, un representante de los indígenas y otro de las comunidades negras, los que serán escogidos de ternas que presenten las organizaciones nacionales jurídicamente reconocidas que los agrupen.

Entre las funciones de ese Consejo figuran las siguientes: analizar y discutir el proyecto del plan nacional de desarrollo, organizar, hacer recomendaciones a las demás autoridades y organismos de planeación sobre el plan y opinar sobre el proyecto elaborado por el Gobierno.

Existen también Consejos Territoriales de Planeación del orden departamental, distrital o municipal. Cuando se creen las entidades territoriales indígenas, “el Consejo Consultivo de Planificación de los territorios indígenas estará integrado por las autoridades indígenas tradicionales y por representantes de todos los sectores de las comunidades, designados éstos por el Consejo Indígena Territorial, de ternas que presenten cada uno de los sectores de las comunidades o sus organizaciones” (art. 34).

²²⁰ El proceso de elaboración, contenido, aprobación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo (nacional, departamentales y municipales) está regulado por la Ley 152 de 1994, denominada Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.

²²¹ Está integrado por cuatro representantes por los municipios y distritos, cinco por los departamentos, cuatro por las provincias que lleguen a convertirse en entidades territoriales, uno por las entidades territoriales indígenas y uno por cada región que se conforme como entidad territorial (en el país aún no existen ni provincias, ni regiones, ni entidades territoriales indígenas, ya que como se explicó no se ha expedido la ley orgánica de ordenamiento territorial). Cuatro en representación de los sectores económicos, cuatro en representación de los sectores sociales, dos en representación del sector educativo y cultural, uno en representación del sector ecológico, uno en representación del sector comunitario, uno en representación de los indígenas, uno de las comunidades negras, otro de las comunidades isleñas raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y dos mujeres escogidas de las organizaciones no gubernamentales.

El Consejo es una instancia consultiva y lo expresado por él no obliga al gobierno, pero permite debatir y hacer reuniones en distintos niveles territoriales sobre las propuestas de desarrollo e inversión que se van a poner en marcha en cada período de gobierno.

Las comunidades indígenas elaboran en sus territorios lo que se conoce como planes de vida, en los cuales plasman su visión acerca del territorio y su uso y manejo, motivo por el cual es indispensable que las demás instancias de planeación consideren y respeten en lo posible esas decisiones. En este sentido, la Ley 812 de 2003, aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, estableció que se facilitaría a los pueblos indígenas el diseño de sus propios planes de vida acordes con su cosmovisión. Sin embargo habría que identificar hasta qué punto éstos son considerados en la práctica por los procesos de planeación y de ordenamiento territorial.

En el caso de las comunidades negras, la Ley 70 dispone que el diseño, ejecución y coordinación de los planes y programas de desarrollo económico y social que lleven adelante el gobierno y la cooperación técnica internacional en relación con las comunidades negras, debe hacerse con la participación de sus representantes. Ello a fin de que tales planes y programas respondan a sus necesidades, a la conservación de sus prácticas tradicionales de producción, a la preservación del ambiente, a la erradicación de la pobreza y al respeto de su vida social y cultural. El Decreto 1745 de 1995 dispone que los planes y programas de desarrollo económico, social, cultural y ambiental de los consejos comunitarios se incluirán y armonizarán con los planes de desarrollo de las entidades territoriales respectivas²²².

La Ley 812 de 2003 señala que deben ser destinados recursos a tal fin y que debe concertarse con estas comunidades, la formulación de un plan de desarrollo integral a largo plazo, que tenga en cuenta su visión y particularidades étnico-culturales. Para avanzar con este objetivo, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) señaló que el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio del Interior y de Justicia (Dirección de Etnias) deben proponer una metodología que garantice la participación y las prioridades de las comunidades negras en la formulación de ese plan, y gestionar los recursos que permitan iniciar este proceso²²³.

²²² Sánchez señala que los modelos de desarrollo para la región del Pacífico han sido centralistas, han enfatizado la economía extractiva, la colonización, y han buscado cambiar la economía tradicional con tecnologías que no tienen en cuenta los aspectos culturales. De esta forma, contradicen los planes de vida de los indígenas y los planes de manejo de los territorios colectivos de las comunidades negras. Cita a dirigentes comunitarios que señalan que los planes, programas e iniciativas públicas no han tenido en cuenta los procesos en marcha de las comunidades e incluso se han llevado como imposiciones culturales: "El sur del Pacífico, advierten, está sembrado de 'elefantes blancos', dejados por la inversión pública y la cooperación internacional, obras inútiles que no consultaron la realidad de la región".

²²³ Según informe del Ministerio del Interior y de Justicia denominado *Acciones del gobierno nacional en beneficio de los grupos étnicos 2002-2006*, Dirección de Etnias (fotocopia), frente a la elaboración de este plan integral a largo plazo se ha avanzado en la contratación de los consultores para la formulación del mismo. El equipo está integrado por trece consultores regionales, seleccionados por las comisiones consultivas departamentales.

En espacios vinculados al ordenamiento territorial municipal: la Ley 388 de 1997, que reglamenta el uso del suelo mediante Planes de Ordenamiento Territorial (POT) que deben ser realizados por los municipios y distritos, establece entre sus objetivos promover la actuación conjunta de la nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias administrativas y de planificación, para el cumplimiento de sus funciones sobre ordenamiento territorial. Esta ley dispone que los POT tienen tres componentes: general, urbano y rural.

En la elaboración de estos planes, los municipios y distritos deben respetar lineamientos de base fijados por normas de superior jerarquía, que no pueden ser modificadas por los POT. Entre ellas podemos mencionar las siguientes: directrices y normas expedidas por las entidades del Sistema Nacional Ambiental sobre ordenamiento del territorio y regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo relativo a sus aspectos ambientales; regulaciones sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables en las zonas marinas y costeras; disposiciones emitidas por la CAR (Corporación Autónoma Regional) de cada jurisdicción, referidas a la reserva, fijación de límites, administración o sustracción de áreas protegidas y conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica; políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales; localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos; localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía y directrices de ordenamiento para sus áreas de influencia.

Cabe destacar que la Ley 388 no incluyó dentro de tales lineamientos base las directrices y regulaciones delineadas por los grupos étnicos para el manejo y uso de sus territorios. Por tal motivo pueden presentarse conflictos, ya que los municipios que tienen en su jurisdicción resguardos o territorios colectivos reglamentan el uso del suelo sin tener en cuenta los planes y lineamientos establecidos por las comunidades, y poseen una visión acerca del territorio que difiere totalmente del de las comunidades. Frecuentemente, las decisiones administrativas avasallan una concepción territorial ancestral, que contempla elementos materiales e inmateriales no identificados ni valorados por el municipio, ni por las instancias de concertación y consulta de los POT²²⁴.

A modo de ejemplo podemos citar un caso en el que el Ministerio de Ambiente, al contestar una duda planteada por la Corporación Autónoma Regional de Nariño (CORPONARIÑO) respecto de los POT y los territorios colectivos existentes en jurisdicciones municipales, manifestó que los municipios no deben incluir en su reglamentación de uso del suelo a los territorios indígenas. A su vez, los equiparó con entidades territoriales indígenas, motivo por el cual el municipio no tendría competencia para regular los usos del suelo en esos territorios. En cambio, al referirse a los

²²⁴ En el proceso de aprobación de esos POT, hay instancias de concertación y consulta, entre las que se encuentra el respectivo Consejo Territorial de Planeación, a donde se manda el proyecto de POT a consideración para que rinda concepto y formule recomendaciones.

territorios de las comunidades negras, señaló que no son entidades territoriales y que los consejos comunitarios son órganos de administración interna, motivo por el cual deben considerarse como parte integrante del respectivo municipio en el que están ubicados. En tales casos éstos deben ser contemplados dentro de la elaboración de los POT, garantizándoles de tal manera el derecho a desarrollarse económica y socialmente conforme con su cultura²²⁵.

Sin embargo, como este antecedente (denominado “concepto”) no es una norma expresa, no fue acogido por la totalidad de los municipios. A ello se suma que la Ley 812 de 2003 dispuso que en las áreas identificadas dentro del plan básico de ordenamiento territorial como de concertación indígena, donde se proyecten obras de infraestructura de interés del municipio, “la decisión de uso del suelo se excluirá del proceso de concertación con las autoridades indígenas y quedará bajo la competencia del Consejo Municipal de Planeación Territorial correspondiente”. El plan básico señala los objetivos y estrategias territoriales de largo y mediano plazo que complementarán el desarrollo municipal desde el punto de vista del manejo territorial. El Consejo mencionado suple la concertación con las autoridades indígenas, pero queda la duda acerca de hasta qué punto puede transmitir la visión del ordenamiento territorial indígena, ya que se identifica con criterios meramente administrativos²²⁶.

Las propuestas de ordenamiento y manejo de resguardos se basan en aspectos espirituales y culturales. Dentro de estos resguardos con frecuencia existen sitios sagrados que tienen dueños espirituales, y dentro de algunos de ellos se prohíbe la realización de actividades productivas o sólo se permite la recolección o pesca. Estos conceptos, que entienden la territorialidad como una unidad cultura-naturaleza, deben ser algunos de los principios rectores del ordenamiento de sus territorios, junto con otros como la identidad, entendida como el derecho a reafirmar y reproducir las instituciones, organización, valores y prácticas propias de sus culturas; la capacidad para ejercer control sobre el cambio cultural; el principio de autonomía, ligado a un gobierno propio de acuerdo con sus usos y costumbres, normas, procedimientos y tradiciones propias; y el derecho a definir sus prioridades de desarrollo de acuerdo con sus cosmovisiones²²⁷.

En las instancias de concertación y consulta: las comunidades indígenas participan en dos instancias: la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, ambas creadas por el Decreto 1397 de 1996. La

²²⁵ Ministerio del Medio Ambiente - Oficina Jurídica: *Conceptos y Jurisprudencia*, Bogotá, impresión Empresa de Economía Mixta Renacimiento SA, 1998.

²²⁶ Arango Ochoa y Sánchez, ob. cit., mencionan a Pascual Letuama, dirigente de la Asociación de Capitanes Indígenas del Mirita-Paraná (Amazonas), quien señala que las propuestas de ordenamiento territorial realizadas por ancianos y sabedores de las comunidades no buscan quitarle poder a otros sectores, sino presentar una propuesta de ordenamiento de sus territorios que reconozca el gobierno propio de cada pueblo, sus autoridades tradicionales y sus relaciones con los sectores locales. Y citan al capitán Letuama: “El territorio no es solamente la tierra, sino que también es la madre tierra y todo lo que está en ella, el agua, los peces, los árboles, los animales y de cómo el pensamiento tradicional corre a través de los sitios especiales que los rodea”.

²²⁷ Arango Ochoa, y Sánchez, ob. cit.

Comisión Nacional de Territorios Indígenas forma parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y está integrada en el sector público por representantes de ese Ministerio, del INCODER, del Ministerio del Interior y de Justicia, del Departamento de Planeación Nacional y del Ministerio de Hacienda.

Los representantes de los pueblos indígenas en la Comisión son: el presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) o un delegado por el Comité Ejecutivo; el presidente de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana (OPIAC) o un delegado por el Comité Ejecutivo; un delegado por la Confederación Indígena Tayrona; un delegado de las regiones administrativas de planificación seleccionado por las organizaciones indígenas de la región respectiva. Los senadores y ex constituyentes indígenas son invitados permanentes de esta Comisión.

Entre sus funciones figuran las siguientes: acceder a la información sobre necesidades de las comunidades indígenas para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos; concertar la programación anual y estimar los costos anuales de las actividades programadas; analizar las normas agrarias sobre resguardos indígenas y recomendar las modificaciones que se requieran para superar los obstáculos que se presentan en el avance de esas actividades; y seguimiento de la ejecución de la programación del INCODER en la materia.

La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas, a la que se referirá más adelante²²⁸, y la Comisión Nacional no tienen poder decisorio.

En el caso de las comunidades negras, la Ley 70 de 1993 obliga al gobierno a conformar una Comisión Consultiva de Alto Nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras y de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de hacer un seguimiento de los mandatos de esa ley.

Esa Comisión Consultiva está reglamentada por el Decreto 2248 de 1995 y está integrada por representantes del sector gubernamental: viceministros del Interior, Ambiente, Educación, Agricultura, Minas y Energía; el subdirector del Departamento Nacional de Planeación; el gerente del INCODER; los directores del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Instituto Colombiano de Antropología, el de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior²²⁹ o sus delegados.

²²⁸ Según documento del Ministerio del Interior y de Justicia denominado *Acciones del gobierno nacional en beneficio de los grupos étnicos 2002-2006*, Dirección de Etnias (fotocopia), se han realizado en ese período, cuatro sesiones de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas en las siguientes fechas: 29 de julio de 2004, 26 y 27 de septiembre de 2005, 24 y 29 de octubre de 2005, y 30 de enero a 2 de febrero de 2006. A partir de la reunión de 2006, el Gobierno y las organizaciones indígenas “acuerdan elaborar de forma conjunta la política pública para pueblos indígenas a fin de fortalecer los derechos de las comunidades y equiparar el nivel de vida de los pueblos en armonía con el bienestar general de los colombianos. Para ello se reactivó la Secretaría Operativa de la mesa de concertación, la cual empezó sesiones el 10 de febrero del presente año en sede de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia”.

²²⁹ Mediante Decreto 4331 de 2005 se crearon dentro de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, las subdirecciones de comunidades negras, minorías étnicas y culturales y de asuntos indígenas, que desde enero de 2006 se encuentran en funcionamiento.

En nombre de las comunidades negras asisten los dos representantes de la Cámara de Representantes por la circunscripción especial; cuatro representantes de las comunidades negras por la Costa Atlántica; cinco por el departamento del Chocó; tres por cada uno de los departamentos del Valle, del Cauca y Nariño; dos por el departamento de Antioquia; uno por San Andrés, Providencia y Santa Catalina; uno por el Departamento de Risaralda; dos representantes de las Comunidades Negras por el Distrito Capital; y un representante de las comunidades negras por cada uno de los departamentos distintos a los mencionados, que constituyan comisiones consultivas departamentales.

Las funciones de esta Comisión son entre otras las siguientes: actuar como instancia de diálogo entre las comunidades negras y el gobierno; obrar como canal de difusión de la información oficial hacia las comunidades negras, y de interlocución con el nivel nacional; promover e impulsar el seguimiento y evaluación de las normas que desarrollan los derechos de las comunidades; establecer mecanismos de coordinación con las autoridades nacionales y territoriales para la efectividad de los derechos sociales, económicos, políticos, culturales y territoriales de las comunidades negras; buscar consensos y acuerdos entre las comunidades negras y el Estado, que no vayan en detrimento de la autonomía de las partes y de la utilización de los mecanismos de participación ciudadana; y servir como espacio de debate de los reglamentos de la Ley 70, previamente a que sean puestos a consideración del gobierno, para lo cual debe promover su difusión y consulta con las organizaciones de base de las comunidades negras.

También existen Comisiones Consultivas Regionales, Departamentales y del Distrito Capital, integradas por un número que no supera los treinta representantes designados por las organizaciones de base de las respectivas jurisdicciones. Éstas constituyen escenarios de diálogo y búsqueda de soluciones de los conflictos que se presenten en sus respectivas zonas, y que afecten a las comunidades negras e instancias de apoyo en la divulgación de los avances de la Ley 70. Además son espacios de transmisión entre las instancias territoriales y nacionales, para informar a estas últimas a través de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, los asuntos regionales que sean de competencia de la nación y que requieran su atención²³⁰.

Recomendaciones para la incorporación de los derechos consuetudinarios y de las prácticas ancestrales en el uso del agua, en el sistema formal

Los espacios expuestos demuestran que existen varias instancias formales, tanto en la rama legislativa como en la ejecutiva, a las cuales podría trasladarse el tema de los derechos, usos y

²³⁰ Según informe del Ministerio del Interior y de Justicia denominado *Acciones del gobierno nacional en beneficio de los grupos étnicos 2002-2006*, cit., la Comisión Consultiva de Alto Nivel realizó en el año 2004 una sesión y nueve reuniones de las comisiones departamentales. En 2005, se realizaron dos sesiones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel y doce sesiones de las comisiones consultivas departamentales, regional y distrital. En 2006, se celebraron seis sesiones de las comisiones consultivas departamentales, regional y distrital. Se dispone de algunos recursos para la reglamentación de la Ley 70. Se cuenta con un proyecto de reglamento del Capítulo IV de esa ley, sobre uso de la tierra y de los recursos naturales en estos territorios, preparado con la participación de las CAR con jurisdicción en los territorios titulados colectivamente, y se va a avanzar en la concertación del mismo con todas las comunidades e instancias gubernamentales involucradas.

prácticas consuetudinarias vinculadas a los recursos hídricos y su defensa, protección e incorporación en el derecho formal estatal. Ello de forma tal que se relacionen con el respeto de la diversidad étnica y cultural y con el conjunto de derechos territoriales, de participación, de uso, y demás derechos fundamentales a la identidad, integridad y subsistencia reconocidos a los grupos étnicos.

En todos estos espacios se debaten temas relacionados con los desarrollos normativos, administrativos o políticos, que inciden directa o indirectamente en los derechos de las comunidades indígenas y negras, ya sea como escenarios de discusión, información, participación, evaluación, seguimiento de procesos normativos o administrativos susceptibles de afectarlas, o como instancias de consulta en trámites de aprobación de leyes, políticas o de actos de la administración relacionadas con dichos derechos. En todos ellos sería posible hacer explícita la necesidad de protección e incorporación de los derechos consuetudinarios y de las prácticas tradicionales vinculadas a los recursos hídricos en políticas, leyes y decisiones gubernamentales y de contar con herramientas para su defensa.

Para lograr un verdadero impacto, sería necesario que los grupos étnicos se organizaran y manifestaran su intención expresa de llevar a todos esos escenarios de una manera directa, sistemática y ordenada la necesidad de defender, conservar e incorporar esta temática en los distintos niveles de gestión y decisión del Estado.

Es fundamental que la participación y representación de los grupos étnicos en tales instancias sea valorada como algo que puede contribuir a evitar o solucionar los conflictos que se producen debido a las distintas percepciones y valoraciones que las partes tienen acerca de los recursos hídricos, del territorio y de las posibilidades de intervención y manejo en aquellos. El entendimiento de las prácticas tradicionales y de los usos y costumbres vinculados a su manejo y gestión deben servir para construir un verdadero diálogo, en el que se escuchen, valoren y respeten las diferentes visiones. “Antes que una carga para las autoridades públicas, el derecho a la participación debe interiorizarse como una sana y edificante disciplina del Estado Social de Derecho que a todos corresponde cualificar en el seno de las relaciones dialécticas de lo público y lo privado”²³¹.

Los procesos llevados a cabo por entidades del Estado con competencias ambientales y los espacios que contempla la normativa para la participación y el debate de los grupos y comunidades, para que éstos hagan valer sus posiciones en temas relacionados con la gestión, gobernanza, uso, aprovechamiento y posible afectación de los recursos hídricos y ecosistemas sitios en sus territorios, pueden ser mecanismos de protección de los derechos consuetudinarios y de los usos y prácticas tradicionales, o una simple fachada de participación formal que no otorgue verdaderas garantías.

Independientemente de la existencia de normas y mecanismos que consagren formalmente tales espacios de participación, será necesario velar por que éstos no se desvirtúen, ni se conviertan

²³¹ Corte Constitucional, C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

en meros trámites o aprovechen la falta de poder de decisión de las comunidades por desconocer arbitrariamente el conjunto de derechos derivados del artículo 15 del Convenio de la OIT. Para ello es fundamental que las autoridades tengan presentes las manifestaciones de la Corte Constitucional acerca de la forma en que se garantiza la efectiva participación de las comunidades, y de las características que debe reunir una consulta para cumplir su finalidad²³².

2. Ecuador

Mecanismos de participación: instrumentos, normas y ámbitos institucionales que los contemplan

Las disposiciones que contempla la Constitución consolidan el carácter pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano y reconocen la autoridad indígena con competencia para resolver los conflictos internos, a través de normas y procedimientos propios de conformidad con sus “costumbres o derechos consuetudinarios”.

A lo largo de los últimos años, las comunidades y pueblos ancestrales reclamaron sus derechos respecto al acceso, manejo y uso del agua, como un beneficio particular que debe ser reconocido a estos grupos debido al conocimiento que tienen en las prácticas de conservación del recurso. El manejo del agua no genera únicamente conflictos entre las comunidades, sino también en el interior de cada una de éstas. Por tal motivo, de acuerdo con la forma de organización de cada una de ellas, se crearon espacios internos encaminados a generar soluciones autónomas, basadas en los principios de justicia y equidad.

En el área rural, los derechos de agua son otorgados a una comunidad indígena en su conjunto, y no a una persona o familia en particular. Por tal motivo, los niveles de decisión colectiva están dirigidos hacia la resolución de asuntos relacionados con las regulaciones internas para su uso; determinación de turnos de reparto del agua; definición de los integrantes de los sistemas de riego; ampliación o modificación de la infraestructura y responsabilidades en su man-

²³² Según informe del Ministerio del Interior y de Justicia denominado *Acciones del gobierno nacional en beneficio de los grupos étnicos 2002-2006*, cit., se han realizado en ese período, 36 proyectos en los cuales se llevaron a cabo procesos de consulta previa con grupos étnicos (proyectos viales, energéticos, hidrocarburos, yacimientos mineros y aprovechamiento de otros recursos naturales). Además, la Dirección de Etnias ha adelantado tres procesos de consulta previa sobre erradicación de cultivos ilícitos en Guaviare con 27 comunidades indígenas; en la Sierra Nevada de Santa Marta y Norte de Santander. “Para el año 2006, esta Dirección gestionó ante la Dirección Nacional de Estupefacientes, la asignación de \$192.000.000 para la consulta previa en materia de erradicación de cultivos ilícitos, en los departamentos de Caquetá, Amazonas, Antioquia, Arauca, Boyacá, Chocó, Córdoba, Guainía, Guaviare, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Valle del Cauca, Vaupés y Vichada.” Preocupa mucho este dato sobre departamentos en los que se van a realizar consultas previas a comunidades, para erradicación de cultivos ilícitos ya que implica que se van a comprometer amplias zonas del territorio nacional seguramente en procesos de fumigación de dichos cultivos. Ello hace reiterar y alertar acerca de que tal consulta no se puede aceptar como una simple formalidad para cumplir una exigencia legal y de la Corte, sino como un elemento que de verdad le permita a las comunidades incidir en esos procesos, que sin duda tienden a afectar en forma muy importante sus territorios.

tenimiento; y mecanismos internos para la aplicación de sanciones en casos de incumplimiento. Todos los integrantes de la comunidad son llamados a participar en la toma de decisiones respecto a conflictos derivados de los derechos otorgados.

Un mecanismo utilizado para establecer con claridad los derechos y obligaciones de todos los integrantes del grupo indígena o ancestral es la fijación de estatutos internos denominados “ley de todos”, en los cuales se incluyen los derechos y obligaciones de todos sus miembros.

Recientemente, la “nacionalidad” achuar del Ecuador²³³ publicó el instrumento titulado “Estatuto, fines e historia organizativa”, en el que se incluyen normas internas tendientes a regular el ejercicio de los derechos, controlar la actuación de cada miembro de la comunidad y regular el bienestar del pueblo con base en la libre manifestación de ideas y opiniones.

En dicho Estatuto se establecen disposiciones que declaran la capacidad de la nacionalidad achuar para decidir sobre el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales que se hallen en su territorio, lo que generó un conflicto con lo prescrito por esta norma y el ordenamiento jurídico actual.

En cuanto al cumplimiento de las normas internas, el estatuto prevé la obligación de todos los miembros de respetar los sistemas de organización interna y de cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Congreso, máxima autoridad de poder, cuyas resoluciones y decisiones deberán ser adoptadas obligatoriamente por todos los órganos de gobierno de la nacionalidad, y los miembros de todas las comunidades que lo conforman.

El Congreso de la nacionalidad será el encargado de definir y desarrollar las normas legales y los reglamentos, según cuales fueren las necesidades de cada nacionalidad. Asimismo, esta instancia es la encargada de censurar y sancionar a los miembros del Consejo de Gobierno y a cualquier miembro de la nacionalidad, en casos de incumplimiento de sus deberes o inobservancia de las resoluciones adoptadas por el Congreso o la Asamblea.

Otra instancia de probada utilidad en el proceso de solución de conflictos relacionados con los recursos hídricos es la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos. En este sentido, la propia Constitución Política de la República²³⁴ hace un reconocimiento explícito al pluralismo jurídico, tanto en su calidad de sistema de normas de conducta como de solución

²³³ La nacionalidad achuar se constituyó mediante Acuerdo Ministerial del CODEMPE N° 55 del 7/06/2005. Está conformada por nueve asociaciones: cinco en la provincia de Morona de Santiago y cuatro en la provincia de Pastaza.

²³⁴ “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la función judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerá el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos de solución de conflictos, con sujeción a la ley (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema jurídico nacional” (art. 191, Constitución).

de conflictos. Existen en la actualidad varios caminos para llegar a la convivencia pacífica de los habitantes del Ecuador y solucionar los conflictos que se susciten. Entre ellos podemos mencionar el derecho estatal y la función judicial encargada de aplicarlo; la equidad en manos de los jueces de paz; y mecanismos tales como el arbitraje y la mediación²³⁵.

La Ley de Arbitraje y Mediación²³⁶ reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos y establece que las comunidades indígenas y afroecuatorianas, las organizaciones barriales y, en general, las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación que sirvan a sus integrantes, incluso con carácter gratuito. Los acuerdos y resoluciones que pongan fin a los conflictos, en virtud de la aplicación de un procedimiento de mediación comunitario, tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados durante el procedimiento de mediación establecido en la ley. Esto significa que tendrán la calidad de sentencia ejecutoria y podrán ser conocidos por un juez formal solamente para la ejecución del fallo.

La aplicación de las regulaciones necesarias para la solución de conflictos a través de medios alternativos fue implementada en el área rural gracias a las iniciativas desarrolladas por organizaciones de la sociedad civil y Projusticia, una unidad de coordinación de soporte a la reforma judicial y modernización de la administración de justicia. La misma es financiada por el Banco Mundial, que apoya la creación de centros de mediación comunitarios, principalmente en lugares donde el acceso a la justicia tradicional es imposible debido a su ubicación geográfica.

Una iniciativa que contribuyó para el análisis de este tema en la región es la impulsada por la Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, compuesta por los cinco países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, que cuenta además con la cooperación de instituciones tales como el Instituto de Defensa Legal del Perú, CIDES de Ecuador, Corporación Excelencia en la Justicia de Colombia, Consorcio Justicia de Venezuela y el Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social de Bolivia.

El objetivo principal de la Red es desarrollar actividades de capacitación con jueces de paz y organizaciones sociales indígenas y no indígenas, referidas a técnicas de conciliación, respeto por los derechos humanos y mediación comunitaria. En el caso de Bolivia y Ecuador, donde la justicia de paz no está implementada, la Red trabaja con formas de justicia comunitaria que están muy ligadas al movimiento indígena.

La organización CIDES de Ecuador contribuyó en la solución de conflictos relacionados con el recurso agua en el país, suscitados entre comunidades e interiormente en cada una de ellas. También realizó programas de capacitación para la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos en áreas rurales en varias comunidades campesinas, ubicadas principal-

²³⁵ Trujillo, Julio César, *Ponencia presentada en el coloquio sobre administración de justicia indígena*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 20/01/2002.

²³⁶ Ley 000, Registro Oficial 145 del 4/09/97, arts. 58-59.

mente en la sierra norte y central del país. En estas zonas, la mayor cantidad de los conflictos se producen por la adjudicación de los derechos de aprovechamiento ya otorgados a otros usuarios, debido a la falta de registro de las concesiones ya realizadas (la autoridad vuelve a conceder el derecho concedido a otro usuario, duplicándolo); el otorgamiento de derechos de concesión tomando como base volúmenes de agua inexistentes o sobre fuentes que ya no brindan la misma oferta de agua, provocando conflictos en épocas de estiaje por la necesidad emergente de los usuarios de acceder a los mismos niveles de agua que le fueron establecidos; fijación de turnos de riego; e incumplimiento de los caudales concedidos, entre otras cuestiones.

También se detectaron problemas en la organización y el manejo del riego, derivados de la inexistencia de un registro sistemático de las concesiones, que producen diferencias entre los sistemas construidos por el Estado y las acequias privadas y comunitarias. En los conflictos relacionados con el riego no pudieron adoptarse, de manera efectiva, mecanismos de negociación o mediación de conflictos. Todos ellos se resuelven a medias con la intervención del Estado y a través de la contratación de abogados²³⁷, que con frecuencia inician acciones legales que duran tres años o más, con un resultado generalmente favorable a la parte que ejerció mayor influencia sobre el poder, y que dispuso de mayor capacidad financiera.

El Reglamento a la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales²³⁸ contiene una norma específica, que hace posible que las Juntas Parroquiales organicen centros de mediación para sus parroquias, cuyos miembros son personas de la propia comunidad que ejercen su cargo *ad honorem* y utilizan un sistema de mediación comunitaria fundamentado en las particularidades culturales locales.

Recomendaciones para la incorporación de los derechos consuetudinarios y de las prácticas ancestrales en el uso del agua, en el sistema formal

La utilización del mecanismo de “facilitación de conflictos” tendría mayores posibilidades de éxito en problemas tales como los de contaminación de aguas causada por el sector productivo, conflictos que ocurren entre municipios por acceso al recurso y otros de naturaleza similar. La mediación comunitaria parece ser la más adecuada por dar solución a los conflictos que se producen dentro de una comunidad o entre dos o más.

El principio precautorio, otro elemento que puede ser aprovechado como mecanismo de prevención de conflictos en materia de aguas, fue incorporado en la Ley de Gestión Ambiental y otras normas ambientales, respecto de todas las actividades que pudieran causar un riesgo o afectar la diversidad biológica y los recursos naturales. A través de la aplicación efectiva de ese principio podría reducirse el riesgo de que el Estado u otros actores, realicen actividades que potencialmente pudieran causar daño a las fuentes de agua de importancia estratégica para asegurar la vida de la población.

²³⁷ Foro de los Recursos Hídricos, *Segundo Encuentro Nacional*, 2003.

²³⁸ Registro Oficial 421 del 27/09/2001.

La prevención de conflictos en materia de agua suscitados dentro de las Áreas del Patrimonio Nacional del Estado podría ser abordada tempranamente, si se identificaran los conflictos en el ámbito de los Comités de Gestión de las Áreas Protegidas. Éstos son concebidos como espacios abiertos de participación social y están integrados por organizaciones públicas o privadas, comunidades ancestrales y, en general, por todos los actores que cuenten con un reconocimiento dentro de aquellas.

3. Guatemala

Mecanismos de participación: instrumentos, normas y ámbitos institucionales que los contemplan

La implementación de las normas constitucionales relativas a los pueblos indígenas requiere del cumplimiento de la Agenda de Paz, que acoge los compromisos que emanan de los Acuerdos de Paz. Éstos fueron reconocidos como “compromisos de Estado”, mediante la promulgación del Decreto 52 de 2005 del Congreso de la República. A través del acuerdo en mención, fue posible avanzar en pos de la creación de un marco jurídico más apropiado, que en un futuro permita que los habitantes del país interactúen dentro de un marco de pluralismo jurídico. Ello implica el reconocimiento de la existencia de otros sistemas jurídicos²³⁹, como el de los pueblos maya, garífuna o xinca, que podrían complementarse o no, según el caso, y coordinarse con las acciones del sistema formal, para superar la concepción monista vigente que ignora la existencia de otros sistemas jurídicos. Lo importante en este caso sería lograr que se afianzara el concepto de pluralismo jurídico que prevalece en la práctica.

Guatemala reconoce la coexistencia de diversas culturas, cuyos miembros mantienen el ejercicio de un sistema jurídico propio. Ello ratifica la existencia del pluralismo jurídico y no implica la contradicción entre los diversos sistemas vigentes entre sí. Según menciona la defensoría maya: “En Guatemala, no podemos seguir tolerando un sistema que no representa a los cuatro pueblos que la conforman: maya, garífuna, xinca y ladino”²⁴⁰.

La Secretaría de la Paz (SEPAZ), la Embajadora de los Acuerdos de Paz²⁴¹ y los representantes de las entidades que participaron de este esfuerzo, promovieron desde el organismo ejecutivo la construcción de la Agenda Pública para los Pueblos Indígenas, dentro del Marco de los Acuerdos de Paz (2005-2012), e incorporaron la visión de los pueblos indígenas para la prestación de servicios públicos. A tal efecto se incluyó en ese instrumento de políticas el enfoque de la “pertinencia cultural”, que deriva del enfoque del “derecho a la diferencia”. Ello significa que se adecua a la cultura de cada pueblo.

²³⁹ Se parte de la base de una concepción que considera que un conglomerado social desarrolla un sistema jurídico cuando incorpora: normas de comportamiento social que a su vez prevén sanciones para el caso de incumplimiento; un sistema de autoridades capaces de aplicar la normativa y las sanciones previstas; se estableció una forma sistemática para su aplicación, que incluye diversas formas de coerción (fuente: *El sistema jurídico ixil. Una aproximación*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1999).

²⁴⁰ Eela Tatine, *Construyendo el pluralismo jurídico. Alb'I Isuchil. Experiencias de sensibilización. Defensoría Maya*, Editorial Serviprensa SA, 2003.

²⁴¹ Rigoberta Menchú, premio Nobel de la Paz, ejerce este cargo en el actual gobierno.

En el caso de la prestación de los servicios públicos del país, que incluye a los servicios de provisión de agua potable y saneamiento, se promueve su provisión, tomando en consideración los valores que integran la cosmovisión de los pueblos maya, garífuna y xinca. Los valores que comparten estos pueblos son, entre otros: la búsqueda de la armonía con la naturaleza; la generación de equidad social a partir de la vida en comunidad; y la búsqueda del equilibrio espiritual. Con el cumplimiento y aplicación de este instrumento de políticas se estarían promoviendo también los valores relacionados con el respeto a la vida y a los mayores, el servicio, el consenso y la complementariedad²⁴².

Otros elementos que deben ser considerados al incorporar la visión de los pueblos indígenas cuando se proveen los servicios, además del tiempo y el espacio, son los siguientes: la dimensión geográfica (cuya importancia está dada por si es accesible o no el entorno natural de la comunidad a la que se quiere prestar el servicio y, en el primer caso, en qué medida); la dimensión política (en atención a cuáles son las formas de participación y organización local); la dimensión social (deben considerarse los grupos de mayor exclusión, las relaciones de poder y la reducción de las desigualdades); y la dimensión lingüística (los servicios deben prestarse en el idioma hablado por las comunidades beneficiadas).

La agenda pública incluye entre sus ejes temáticos las siguientes cuestiones: políticas públicas; marco jurídico del Estado; participación plena en todos los niveles; y presupuesto nacional. Como ejes transversales de la agenda, fueron incluidos los siguientes: reforma del Estado; servicios públicos; y lucha contra la discriminación y el racismo. Éstos son desarrollados a través de los lineamientos prioritarios fijados para las acciones estratégicas de corto, mediano y largo plazo. La importancia de esta agenda para los recursos hídricos está dada no sólo por la valoración que hace de la contribución de los pueblos indígenas en la protección de los recursos naturales y de los recursos hídricos, sino también por su promoción bajo la óptica de la pertinencia cultural. “Por eso cuando se brindan servicios con pertinencia cultural se debe apuntar a reproducir y reforzar los valores de la cosmovisión que se practican o a recuperar aquellos que por razones sociales, políticas económicas o históricas, dejaron de practicarse o no se han alcanzado (ej. Principio de equilibrio entre lo femenino y lo masculino en la cosmovisión maya)”²⁴³.

El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN), en su carácter de ente rector, impulsó en el año 2003 un instrumento de políticas que quedó plasmado en el Acuerdo Gubernativo 791-2003, emitido por la Presidencia de la República²⁴⁴. El mismo hace alusión a la Política Marco de Gestión Ambiental, que constituye un marco de referencia para orientar el accionar del Estado cuando se desarrollen programas, planes y proyectos que promuevan la

²⁴² El respeto es uno de los valores más sagrados de la cosmovisión maya.

²⁴³ Secretaría de la Paz (SEPAZ), Embajadora de Buena Voluntad de los Acuerdos de Paz. *Agenda Pública hacia los Pueblos Indígenas en el Marco de los Acuerdos de Paz 2005-2012*. Proyecto PNUD GUA/04/032, ASDI. Guatemala, 2005.

²⁴⁴ Acuerdo de fecha 8/12/2003 y publicado en p. 3, N° 13, tomo 273 del 10/12/2003 del Diario de Centroamérica.

calidad ambiental y la sostenibilidad de la biodiversidad y de los recursos naturales, bajo la óptica del desarrollo sostenible.

Este instrumento contiene entre sus principios rectores el respeto a la interculturalidad y multiculturalidad, y reconoce las concepciones cosmogénicas de las diversas culturas que habitan el país, y su particular enfoque respecto de la relación entre la sociedad y la naturaleza. Se establece la obligación del Estado de apoyar la identidad, cultura e intereses de las comunidades indígenas, y la promoción de su participación efectiva para alcanzar el desarrollo sostenible. Otros principios vinculados son: hacer prevalecer el bienestar de las colectividades sobre el beneficio particular; promover la participación ciudadana y la corresponsabilidad social; considerar la equidad social, entendida en su sentido más amplio; y tener en cuenta el enfoque de equidad de género.

Se reconoce también la importancia de impulsar estrategias integrales que incorporen la tenencia de la tierra, el uso de los recursos naturales renovables y de sistemas y mecanismos de crédito, procesamiento y comercialización, que orienten una producción sostenible de los recursos naturales, fundamentada en los alcances del denominado “Acuerdo sobre los Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria”.

El Decreto 90 de 2000²⁴⁵, que creó el MARN a través de las reformas que se introdujeron a la Ley del Organismo Ejecutivo²⁴⁶, incluyó como una de sus funciones la incorporación y promoción de la participación de las comunidades indígenas y locales en el aprovechamiento y manejo sostenible de los recursos naturales. La Dirección General de Políticas y Estrategias Ambientales tiene entre sus atribuciones la atención de la problemática de los pueblos mayas, xinca y garífuna y la promoción de los valores, prácticas y costumbres existentes en dichos pueblos, en relación con la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

El Reglamento Orgánico Interno del MARN²⁴⁷ destaca la incorporación de las condiciones multiétnicas y pluriculturales del país dentro de la estrategia de educación ambiental, que debe ser promovida en forma conjunta con el Ministerio de Educación. Este organismo creó una Unidad de Pueblos Indígenas, que tiene como propósito incorporar las prácticas indígenas dentro de la gestión ambiental gubernamental. Sin embargo, el apoyo financiero a esta iniciativa fue escaso y la Unidad no tuvo impactos importantes por el momento.

El MARN promovió la creación del Consejo Nacional de Ambiente y Recursos Naturales, que incluyó un amplio número de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, el sector privado y la sociedad civil (entre ellas representantes de las comunidades indígenas). Sin embargo, desde el punto de vista de las organizaciones mayas, que reconocen la relevancia del

²⁴⁵ Decreto del Congreso de la República sancionado el 8/12/2000 y publicado en ps. 1-3, N° 54, tomo 265 del 11/12/2000 y sus reformas, Expediente N° 3-2001 y 12-2001 publicado a ps. 4-8, N° 66, tomo 266 del 23/05/2001, Decreto 91-2000 del N° 61, tomo 265 del 20/12/2000 del Diario de Centroamérica.

²⁴⁶ Decreto 114/97 del Congreso de la República.

²⁴⁷ Acuerdo Gubernativo 186-2001, Presidencia de la República, publicado en ps. 2-7, N° 266 del 31/05/2001 y su reforma, Decreto 284-2001 publicado en p. 3, N° 3, tomo 267 del 13/07/2001 del Diario de Centroamérica.

esfuerzo, la falta de una política ministerial que otorgara una mayor participación e impulso a este Consejo, devino al mismo en inoperante²⁴⁸.

Dentro de la Ley de Áreas Protegidas no se menciona al tema como tal, pero se incorpora dentro de los planes maestros y operativos anuales, la dimensión multicultural y multiétnica. El Consejo Nacional de Áreas Protegidas, en su calidad de órgano administrador, creó una Unidad de Pueblos Indígenas para implementar las políticas relacionadas con la protección jurídica de estas áreas, en forma concordante con los usos y costumbres ancestrales de las comunidades indígenas. También se estableció un Consejo Asesor para la Unidad de Pueblos Indígenas, que funciona como ente mediador entre el Consejo Nacional de Áreas Protegidas (CONAP) en representación del Estado, y los pueblos indígenas²⁴⁹. Éste orienta el accionar de la Unidad, y promueve la incorporación de la visión cosmogónica de los pueblos maya, garífuna y xinca en la gestión de las áreas protegidas y de la biodiversidad. El Consejo deberá influir para que se asegure a los pueblos indígenas que habitan áreas protegidas o en sus cercanías, un mecanismo efectivo de consulta obligatoria, cuando aquellas se establezcan. Ello con el fin de incorporar dentro de los planes maestros y operativos el respeto de las prácticas ancestrales que contribuyeron a la protección de la biodiversidad, y “para evitar obstaculizar o restringir la potencialidad de los pueblos indígenas a hacer uso de los recursos naturales existentes”²⁵⁰, acorde con lo dicho por el Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala (COMG), teniendo en cuenta que gran parte de los recursos naturales se encuentran en las mismas regiones que habitan los pueblos indígenas.

Durante los últimos años, se produjo un avance en el proceso de apertura tendiente a la integración de diversos sectores en los órganos de toma de decisión gubernamentales. Una de las primeras Juntas Directivas que adoptó esta modalidad fue la del Instituto Nacional de Bosques, que integró al sector académico (universidades que imparten estudios forestales y la Escuela de Agricultura); organizaciones no gubernamentales ambientales; gobiernos locales (Asociación Nacional de Municipalidades); sector privado (Gremiales de la Cámara de Industria) y representantes del Organismo Ejecutivo. Existen otras agencias gubernamentales que tienen juntas directivas o consejos en los que intervienen sectores interesados en la gestión ambiental. Sin embargo, hasta el momento ninguna de ellas abrió un espacio para la participación de los representantes de los pueblos maya, garífuna y xinca.

Recomendaciones para la incorporación de los derechos consuetudinarios y las prácticas ancestrales en el uso del agua en el sistema formal

El manejo y utilización de los recursos naturales requiere de la obtención de una licencia, permiso o concesión en las que se establecen las condiciones a las cuales se encuentra sujeto el

²⁴⁸ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala. Cumplimiento del Convenio 169 en Guatemala. Tercer Informe. Rutanik ri Iximulew. Diakonia. Guatemala, 2004.

²⁴⁹ El Consejo Asesor está conformado por un titular y un suplente de diversas organizaciones que impulsan la defensa de los derechos de los pueblos indígenas: Defensoría Indígena, Defensoría Maya, Defensoría de la Mujer Indígena, el Centro de Acción Legal Ambiental y Social de Guatemala (CALAS), el Plan de Acción Forestal Maya (PAFMAYA), CONIC, CENOC, etcétera.

²⁵⁰ Eela Tatine, ob. cit.

uso (por ej., licencias forestales, de pesca, de caza o de investigación en áreas protegidas). Sin embargo, en el caso particular de las aguas, a pesar de que la legislación contempla algunas figuras para el otorgamiento de derechos, la ausencia de un ente gubernamental que administre el recurso dificulta el establecimiento de un orden en la materia. Debido a que se otorgaron derechos sobre el agua para irrigación y actualmente las comunidades locales están realizando compraventas de nacimientos de agua, será imprescindible establecer un mecanismo apropiado para validar esos derechos.

Dentro de los mecanismos sugeridos a tal fin podemos mencionar los siguientes:

- Desarrollar procesos de incidencia política para elaborar una propuesta de iniciativa de ley, que desarrolle el procedimiento contemplado por el Convenio 169 de la OIT, para su consideración respecto de las comunidades indígenas y tribales, por ejemplo, consulta previa o consentimiento aprobado previo para la ejecución de proyectos, obras y/o actividades que causen o puedan causar deterioro o daño a su salud o a los recursos naturales que los sustentan (en Guatemala aún no se dictó legislación interna que adecue los compromisos del convenio, a fin de promover la creación de un procedimiento efectivo que garantice el consentimiento aprobado previo);
- Implementación y observancia del artículo 8, inciso j, del Convenio de Diversidad Biológica, debido a que se relaciona directamente con los derechos de los pueblos indígenas y la protección del conocimiento tradicional. Dicho convenio establece que las partes contratantes “con arreglo a su legislación nacional, respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades independientes y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”;
- Utilización de mecanismos apropiados para lograr la interacción entre el sistema formal y los sistemas jurídicos de los pueblos maya, garífuna y xinca. Si bien se produjeron algunos avances en determinadas áreas geográficas, será necesario evitar la coordinación restrictiva del Estado y lograr que la convivencia supere las diferencias, y permita el respeto de las formas de administrar justicia de los pueblos mayas. Los mecanismos que se utilicen deberían fundarse en la pertinencia cultural, el fortalecimiento de la ley, la lealtad cultural y la coherencia jurídica;
- Establecer procesos de mediación y de resolución de los conflictos que surjan en relación con el uso de los recursos hídricos, acordes con la óptica del derecho maya y a sus propios modelos, inspirados en la conciliación, tolerancia y armonía entre las comunidades, grupos o personas afectadas;
- Promover el desarrollo de las capacidades dentro las comunidades indígenas y locales para que mejoren sus habilidades en el manejo, gestión y administración de sus sistemas de abastecimiento de agua potable, a fin de asegurar la calidad de la misma;
- Documentar las normas de observancia de uso del agua mediante la aprobación de un reglamento que incorpore los principales elementos referidos a la administración y uso del agua; limitaciones; prohibiciones y sanciones reparadoras que podrían aplicarse a los usuarios de los sistemas; y

- Fomentar el conocimiento para la utilización de los mecanismos que prevé el Código Municipal, particularmente las audiencias comunales; el Cabildo con el Consejo Municipal y las consultas previstas, en forma previa a la utilización de los recursos naturales en las comunidades indígenas y locales.

Por otro lado, a fin de lograr la gobernabilidad de los recursos hídricos en Guatemala será necesario:

- La promoción por parte del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de un proceso para la generación y aprobación de la política hídrica nacional, que debe incorporar las visiones de los diversos grupos y sectores del país;
- El impulso de un proceso legislativo para la promulgación de una ley que regule el recurso hídrico, en cumplimiento del mandato constitucional (art. 127) y cree el ente administrador que opere a nivel nacional y promueva el establecimiento de la gestión integrada de los recursos hídricos;
- Descentralizar la gestión de los recursos hídricos y fomentar la creación de las autoridades de cuenca con capacidad suficiente para tomar decisiones dentro de su jurisdicción, y dar vigencia y cumplimiento a las normas establecidas en la Ley General de Descentralización;
- Dar prioridad a la gestión integrada de los recursos hídricos e integrar los objetivos sociales, económicos y ambientales en la planificación y el desarrollo de estrategias en la materia;
- Promover en el nivel local la gestión integrada de los recursos hídricos, bajo el liderazgo de los gobiernos locales, que deberán ser fortalecidos para que puedan dar cumplimiento a los postulados contenidos en el Código Municipal;
- Promover los espacios de participación ciudadana regulados en el Código Municipal y los procedimientos vigentes, para facilitar la incorporación de las comunidades indígenas en los espacios de toma de decisión, acorde con su propio sistema jurídico;
- Fortalecer e incentivar a las comunidades indígenas y locales que ejerzan prácticas apropiadas en el uso de los recursos naturales y del agua especialmente; y
- Generar una mayor cultura del agua promoviendo mayor responsabilidad en la sociedad en general y, en particular, en quienes tienen la responsabilidad legal sobre el recurso.

4. Paraguay

Mecanismos de participación: instrumentos, normas y ámbitos institucionales que los contemplan

Desde el punto de vista jurídico, existió un avance progresivo en la defensa de la posición indígena. Se produjo una transición de un período en el cual, desde el punto de vista del derecho, “no había un período anterior a la colonización desde el punto de vista fáctico, y con proyec-

ciones jurídicas”²⁵¹, a otro, en el que existe un cuerpo normativo que promueve “la integración de las comunidades indígenas a la colectividad nacional” (Ley 904/81). El mismo concluyó en la actualidad con el reconocimiento constitucional de “la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (art. 62) y el “derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat” (art. 63).

Si bien no existen políticas públicas articuladas que favorezcan una mejora en la problemática indígena, se produjeron algunos avances en términos de normas jurídicas y en materia de prácticas de participación pública.

Durante el trámite parlamentario que tuvo la Ley de Recursos Hídricos, la Cámara de Diputados se convocó y llevó a cabo una Audiencia Pública en la que participaron varios integrantes de comunidades indígenas del Departamento de Itapúa, en el sureste de la Región Oriental.

Sin embargo, el proyecto no fue debatido con la totalidad de las comunidades indígenas del país, ni hubo audiencias públicas especiales con ellas, acorde con lo exigido dentro del marco del Convenio 169 de la OIT.

Un fenómeno relativamente reciente es la promoción de acciones judiciales encabezadas por las comunidades indígenas en defensa de sus derechos. Si bien en términos de políticas públicas estas acciones son una muestra de su ineficacia, la existencia de normas constitucionales y legales en las cuales fundar sus pretensiones, junto con las vías procesales de acceso a la jurisdicción y el efectivo ejercicio de las mismas, pueden ser un disparador de una actitud más activa del Estado²⁵².

También los indígenas aumentaron su participación a través de distintas organizaciones. Entre ellas se encuentran la Coordinadora de Líderes del Bajo Chaco, la Asamblea de Pueblos Indígenas, la Organización Nacional Aborígen y la Unión de Comunidades Indígenas de la Nación Yshyr (UCINY).

Las comunidades indígenas efectúan reclamos y van ganando mayor protagonismo en procesos que afectan a sus comunidades, relacionados con la conservación de los recursos naturales, destacando su rol en el cuidado de los mismos. Recientemente, representantes de parcialidad mbya solicitaron la incorporación formal en el proceso de toma de decisiones, en una iniciativa de canje de deuda por naturaleza en la región sur del país.

²⁵¹ Iturbide, Gabriela A. y Abreut de Bergher, Liliana E., *Tema de investigación histórico-jurídico: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionada con la problemática indígena. Período 1863-1930*, en www.laleyonline.com.ar.

²⁵² Santagada, ob. cit.

Recomendaciones para la incorporación de los derechos consuetudinarios y las prácticas ancestrales en el uso del agua en el sistema formal

No sería necesaria una modificación del mapa institucional o de las atribuciones de las instituciones estatales encargadas de velar por el efectivo goce de los derechos consuetudinarios y las prácticas ancestrales en el uso del agua, que son reconocidas a las comunidades indígenas. Sí, en cambio, una reorientación o formulación de políticas públicas que permitan a las instituciones relacionadas con los derechos indígenas llevar a cabo, de manera eficaz, las labores para las que fueron creadas.

La falta de políticas hizo que muchas comunidades recurrieran a la justicia nacional y luego ante la CIDH. El principal reclamo fue el acceso a la tierra, pero consecuentemente también a los recursos que aseguren su supervivencia física y la de su cultura.

Para garantizar el pleno acceso de la población indígena al sistema judicial nacional para la defensa de sus derechos de acceso a los recursos, deberían incorporarse al marco institucional vigente los siguientes instrumentos: peritos especializados en culturas indígenas; servicio de apoyo a los intérpretes indígenas que no dominan bien el idioma “oficial”; financiamiento estatal a indígenas que se encuentran en procesos judiciales; y, como medida más avanzada, la existencia de un servicio especial de asistencia jurídica a la población indígena. Todas estas medidas, menos la última, están garantizadas según el artículo 12 del Convenio 169/89.

Se requiere a su vez una mayor precisión legislativa para dar certeza al requisito de ocupación tradicional relacionado con el efectivo goce del derecho de propiedad y el acceso a los recursos, para contribuir a la reducción de los plazos que median entre la solicitud indígena y la respuesta estatal.

La Constitución proclama, en el artículo 1, que “la República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista”. Es necesario establecer en las normas jurídicas vigentes mecanismos institucionalizados que promuevan o faciliten la participación de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones que puedan afectarlos²⁵³.

El Gobierno debería adoptar medidas preventivas y disuasivas efectivas para impedir la ocupación campesina de tierras indígenas asignadas a las comunidades o en proceso de asignación, y para defender el hábitat indígena y sus recursos de la depredación en manos de terceros.

Por último, deberían considerarse los derechos consuetudinarios y las prácticas ancestrales en el uso del agua en los siguientes instrumentos, incluidos en la Ley 3239, “De los Recursos Hídricos del Paraguay”: Política Nacional de los Recursos Hídricos y Plan Nacional de Recursos Hídricos.

²⁵³ La única excepción a esta situación es el Decreto 14281 de 1996, reglamentario de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental 294/93, que prevé la realización de audiencias públicas como paso previo a la expedición de la Declaración de Impacto Ambiental (Licencia Ambiental) para poder discutir los pormenores del Estudio de Impacto Ambiental.

7

Foro de Expertos²⁵⁴

Fueron identificados los vacíos y falencias existentes en la materia objeto de estudio, y se formularon propuestas con énfasis en las siguientes áreas temáticas: O.

- Tensión entre el sistema formal y sistema indígena; conflictos derivados de dicha tensión;
- Aspectos institucionales y participación;
- Trilogía: derecho nacional, derecho indígena y derechos humanos; e
- Incidencia política de las comunidades dentro de los espacios institucionales existentes.

La consigna de trabajo planteada para la realización de propuestas fue la siguiente:

¿Cómo deberían ser incorporadas las prácticas ancestrales en la legislación y contempladas en las políticas públicas de los países analizados, tomando como base un eje común, pero teniendo en cuenta la realidad imperante en cada uno de ellos?

I. Eje temático: Tensión entre el sistema formal y el sistema indígena. Conflictos

Aspectos identificados

- Superposición entre ambos sistemas. Diversidad de posturas en cuanto a la jerarquía entre ambos sistemas y a las reglas para determinar la procedencia y autonomía de cada uno de ellos, que pueden derivar en conflictos de competencia;
- Reconocimiento constitucional e internacional de la existencia de las comunidades indígenas como grupo y de su preexistencia étnica y cultural;

²⁵⁴ Durante los días 18, 19 y 20 de septiembre de 2006, se realizó en la ciudad de Antigua, Guatemala, el “Foro de Expertos en Gobernanza del Agua, Derecho Consuetudinario y Derechos Indígenas”, dentro del marco del trabajo “Derecho Consuetudinario, Prácticas Locales y Buena Gobernanza de los Recursos Hídricos”, dirigido por Alejandro Iza, director del Centro de Derecho Ambiental de la UICN y coordinado por Marta B. Rovere, co-chair del Grupo de Expertos Internacionales en Aguas y Humedales de la Comisión de Derecho Ambiental de UICN. Participaron los consultores expertos Jeanette de Noack, por Guatemala; Eugenia Ponce de León Chaux, por Colombia; Juan Pablo Cinto, por Paraguay; y Mónica Tobar, por Ecuador. También se contó con la participación de Sheila Abed, presidente de la Comisión de Derecho Ambiental de UICN y la asistencia técnica y administrativa de Marianela Cedeño de UICN - Oficina Regional para Mesoamérica.

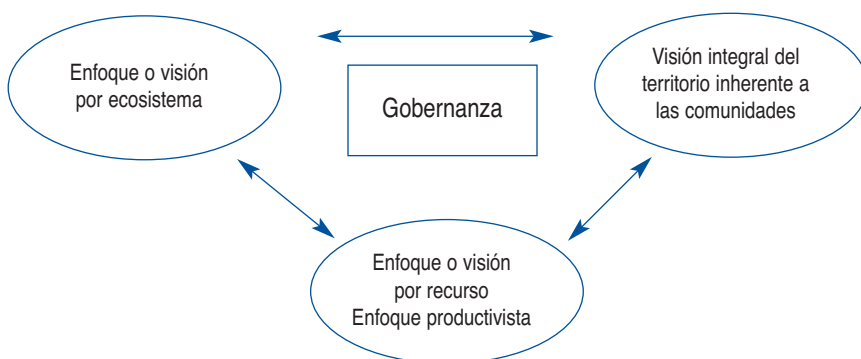
- Reconocimiento del sistema jurídico indígena en diversos grados (derecho propio y jurisdicción) ausencia o fallas en la implementación; e
- Identificación de la tensión como elemento inherente a la coexistencia del sistema formal y otros sistemas “informales” o de jurisdicción especial indígena.

Propuestas

- Promover la coexistencia y convivencia entre el sistema formal y el derecho consuetudinario e indígena frente a la permanente tensión entre ambos sistemas, so peligro de riesgo de caer en la “ingobernabilidad”;
- Valoración real y proactiva de las prácticas ancestrales, del derecho consuetudinario indígena y de sus aportes en una mejor gestión de los recursos naturales (agua);
- Conjugar las distintas visiones para llegar a un manejo integral del territorio, respetando la noción de territorio de las comunidades y de los sistemas de uso de manejo de los recursos naturales según la visión indígena y ecosistémica;
- Reconocer que el concepto de territorio para las comunidades indígenas es indisoluble de los elementos materiales e inmateriales que lo integran, por lo que involucra tanto los recursos naturales (agua, suelo, bosque, fauna, etc.), como los aspectos inmateriales de la relación de las comunidades con dichos recursos y territorios (espirituales mitológicos, religiosos, etc.), que generalmente se entrelazan y son inseparables;
- Promover la conexión entre los diversos sistemas. Para ello debe promoverse la profundización del enfoque ecosistémico en el manejo de recursos naturales dentro de una visión integral, teniendo en cuenta que en primer lugar debe existir la visión ecosistémica;
- Enfoque ecosistémico vs. visión productiva: acercar estas visiones con el objeto de superar las brecha entre ambas y encontrar los puntos en contacto, que minimicen las diferencias y las acerquen, para lograr un manejo integral de los recursos naturales en todo el territorio. Para ello se sugiere:
- Adoptar medidas de amortiguación y transición,
- Uso de herramientas del paisaje,
- Puesta en marcha de mosaicos de conservación y gestión, para vincular el manejo de los espacios protegidos y de los territorios de comunidades indígenas, con el enfoque productivo que generalmente prima en el resto del territorio;
- Reconciliar el enfoque productivista con la visión integral del territorio;
- Conjugar las visiones anteriores y buscar la coherencia entre los marcos que las regulan, mediante la formulación de una política adecuada y utilización de otros instrumentos (por ej., normativos, instrumentos económicos, ordenamiento territorial, información). Sugerencia del grupo de trabajo: elaboración por el grupo de trabajo de una propuesta a tal efecto;

- Instrumentar políticas públicas más efectivas y marcos regulatorios compatibilizados en la gestión del territorio (por ej., marco regulatorio indígena vs. marco regulatorio agrario), y promover la integración entre la gestión individual de los recursos naturales, el enfoque por ecosistemas y la visión integral del territorio según la cosmovisión de los indígenas; y
- Hacer posible el acceso efectivo por parte de las comunidades indígenas a los mecanismos de participación, diálogo, mediación y facilitación (en estos dos últimos instrumentos, previo proceso de legitimación). Capacitación de las comunidades en la utilización de dichos instrumentos.

Esquema 1



Líneas de acción

- Identificar los puntos de conflicto entre ambos sistemas y prevenirlos mediante procesos de diálogo y la fijación de reglas y criterios claros, conocidos y respetados por las partes;
- Realizar un “mapeo” de los conflictos y de los actores involucrados en el mismo (“tipología del conflicto”);
- Identificar puntos de contacto entre las distintas posturas para acercar a las partes del conflicto;
- Promover políticas de uso sostenible de los recursos naturales en el otorgamiento de tierras a comunidades indígenas, por ej., constitución de servidumbres ecológicas cuyo objeto sea el concepto de la conservación de los cursos de agua y otras figuras legales de conservación, vinculadas con la “institucionalidad”. Participación de los gobiernos locales para promover estas figuras;
- Abrir espacios de discusión y diálogo y generar conciencia acerca de esta problemática, a través de las siguientes acciones:
- Aproximación del tema en los distintos niveles de gobierno y de decisión (por ej., con el poder judicial, poder legislativo y municipios); realizar reformas legislativas necesarias;

- Elaboración de documentos explicativos acerca de las prácticas ancestrales en el uso del agua de las distintas comunidades indígenas y de su efecto en la protección y el uso adecuado del territorio, que sirvan de base para la adopción de medidas y políticas y para explicar a los agentes del Estado su valor y relevancia;
- Realización de charlas y mesas redondas sobre el tema para capacitar a las partes; y
- Proceso de diálogo en el nivel local y nacional (por ej., con las comunidades fronterizas).

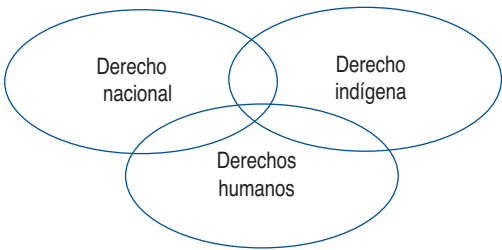
II. Eje temático: Aspectos institucionales y participación

Propuestas

- Construcción de procesos de participación social y fortalecimiento de los espacios de participación social ya existentes, por ejemplo, identificar los mecanismos que ya están creados o institucionalizados y fortalecerlos, como resultado del proceso de construcción. Evitar que éstos se conviertan en simples trámites formales que desvirtúen la participación real;
- Reivindicar los espacios de participación y su incidencia práctica en los procesos de toma de decisiones del Estado;
- Participación social en el sentido amplio, construcción de procesos con la gente;
- Reconocimiento de las instituciones/autoridades indígenas como autoridades/entidades públicas; e
- Implementación de la gestión participativa como resultado de la participación social; por ej., asignar una responsabilidad concreta a las comunidades indígenas dentro de los instrumentos de gestión ambiental o promocionar su participación en planes de manejo de áreas protegidas y ordenación de cuencas, entre otros.

III. Eje temático: Trilogía: derecho nacional, derecho indígena y derechos humanos

Esquema 2



Aspectos identificados

- Tensión entre los derechos humanos que son de corte individual y producto de la cultura occidental, y los derechos territoriales de las comunidades indígenas que son derechos colectivos (propiedad, uso y posesión colectiva).
- Tensión entre los derechos humanos (de carácter universal y supracultural) y el pluralismo, que implica aceptar la existencia de grupos con prácticas, usos, costumbres y sistemas jurídicos propios, basados en sistemas de valores que parten de características derivadas de la diversidad étnica y cultural, que configuran su identidad. Esa identidad a su vez es protegida como derecho fundamental, lo que genera un conflicto entre derechos de la misma jerarquía.
- Derechos humanos universales actúan a la vez como límite y como impulsores del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y del sistema jurídico indígena constituido por el derecho propio y la jurisdicción especial. Paradoja dada por el hecho de que el desarrollo de los derechos de esos pueblos se produce en el ámbito internacional en el seno del debate sobre los derechos humanos, por ej., cuando el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó en junio de 2006 la Declaración de Derechos Indígenas luego de veinte años de debate del texto.
- Reconocimiento de la comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales (propiedad, identidad, integridad, participación, subsistencia, a no ser sometida a desaparición forzada), sin perjuicio del reconocimiento de dichos derechos en cabeza de cada uno de sus miembros en forma individual.

Propuestas

- Incorporación en los sistemas jurídicos nacionales de los tratados internacionales sobre derechos humanos universales²⁵⁵, que contemplan y protegen los derechos indígenas, y su implementación e instrumentación en los distintos niveles de gobierno (nacional, regional y local) y en los distintos poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial);
- Dictado de normativa interna que instrumente en cada país lo dispuesto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, y ratificación de otros instrumentos internacionales que contribuyan a la protección de los derechos de los pueblos indígenas (por ej., Convención sobre protección del patrimonio cultural inmaterial; Convención sobre protección de la diversidad de expresiones culturales, etcétera).
- Incorporación en el derecho nacional de instrumentos no vinculantes del derecho internacional referidos a los derechos de los pueblos indígenas (tales como declaraciones²⁵⁶ o *soft law*);

²⁵⁵ El Sistema de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos está integrado principalmente por seis tratados que regulan los derechos civiles y políticos, derechos económicos y sociales, la discriminación racial, la tortura, la discriminación contra la mujer y los derechos del niño.

²⁵⁶ Por ejemplo, Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

- Impulsar mediante la “judicialización” el cumplimiento de los derechos humanos, por medio de tratados internacionales que otorguen derechos a las comunidades indígenas (OIT 169);
- Fijar precedentes judiciales en materia de reconocimiento de los derechos indígenas y de sus prácticas ancestrales;
- Mover el aparato judicial mediante la interposición de acciones judiciales (por ej., de tutela, amparo, acción popular), que impulsen a los jueces a desarrollar teorías y argumentaciones referidas al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y al respeto de las prácticas ancestrales, que tienen efectos beneficiosos en la conservación y el uso sostenible de su territorio. Ello de manera tal de conformar un acervo jurisprudencial que sirva de referencia para la elaboración de normas en la materia, toma de decisiones por las autoridades públicas y la resolución de conflictos; y
- Contemplar el derecho humano como límite a los derechos indígenas, profundizando su alcance e implicancias y su correlación con el derecho a la autonomía, identidad e integridad del grupo étnico. Para ello, utilizar y desarrollar criterios flexibles que se ajusten al caso concreto y que dejen un espacio al interprete o juzgador, para evaluar en cada caso particular la legitimidad de la limitación a los derechos indígenas, en razón de derechos humanos universales (el derecho humano como límite y a la vez como impulsor de los derechos indígenas). Utilizar la casuística como técnica (evaluación de caso por caso, siguiendo el lema “Leer los derechos en clave cultural”).

Líneas de acción

- Identificar los puntos de conflicto entre ambos grupos de derechos (humanos e indígenas) para prevenirlos y resolverlos mediante diálogos interculturales que abarquen los diferentes sistemas de valores. Ello de forma tal de garantizar que las distintas visiones y cosmovisiones puedan coexistir, aun cuando fueran antagónicas, en razón de la fijación de parámetros de tolerancia respetados por todos;
- Arribar a acuerdos mínimos que concilien las distintas visiones, sin renunciar a los aspectos básicos de la identidad cultural, ni atentar contra los derechos que garantizan la convivencia pacífica entre los hombres y las naciones;
- Establecer criterios y reglas de interpretación que se ajusten a las situaciones concretas, partiendo de la base de los diversos grados de autonomía, preservación de usos, costumbres y cultura, o asimilación de los pueblos indígenas a las prácticas occidentales. Tomar estos criterios y reglas como base para determinar el alcance de la autonomía y los límites legítimamente imponibles a ésta (“a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”). Esas reglas de interpretación deben considerar en cada caso las características específicas de cada pueblo, debido a las diferencias existentes en cuanto al grado de aislamiento o integración que requieren un tratamiento diferente;
- Adoptar las medidas necesarias para evitar, tanto en el nivel normativo como en el de acción del Estado, la imposición de concepciones territoriales propias de la sociedad mayoritaria

(por ej., apropiación individual y visión productivista), que vulneran el respeto de la diversidad étnica y cultural, incrementan las tensiones interétnicas y desconocen los efectos beneficios de la manera en que los pueblos indígenas conciben el mundo y se relacionan con el territorio, que repercute en la conservación, uso y manejo sostenible de los recursos naturales; y

- Desarrollar los contenidos, conceptos, acciones e instrumentos necesarios para implementar una política pública de conservación y manejo de los recursos naturales, basada en la identificación, el respeto y la valoración del pluralismo jurídico y de la diversidad cultural de los Estados habitados por grupos étnicos.

IV. Eje temático: Incidencia política de las comunidades dentro de los espacios institucionales existentes

Propuestas

- Promover la adecuada utilización y la promoción de las instancias de participación de las comunidades indígenas creadas en el marco de los acuerdos regionales (OTCA, CAN, MERCOSUR, CCAD, CARICOM) o en las entidades internacionales (OEA, ONU);
- Asegurar la participación de las comunidades indígenas en las diversas instancias y niveles de discusión y de negociación existentes (espacios de reflexión; foros y mecanismos multilaterales, regionales, subregionales, binacionales, nacionales y subnacionales);
- Capacitar a las comunidades indígenas en los mecanismos de incidencia, por ej., en procesos legislativos; elaboración de normas; en la comprensión de cómo ejercer sus derechos de manera práctica y accesible (cómo se traducen disposiciones de convenios internacionales de manera práctica y sencilla en la vida cotidiana y necesidad de que haya interpretación común de esas prácticas en los países involucrados);
- Trabajar con las comunidades indígenas desde lo local para lograr incidencia política;
- Fortalecer las capacidades de negociación de las comunidades indígenas en el nivel nacional e internacional;
- Trabajar con los no indígenas en la generación de conciencia y entendimiento acerca de los derechos de los indígenas y de la problemática indígena, para evitar posiciones radicales y un mal ejercicio que lleve a la inestabilidad del país (“ingobernabilidad”), paralelamente al proceso de “empoderamiento”; y
- Contribuir a través de los procesos de participación pública y territorialidad en la gobernabilidad de los países y la mejora de la calidad de vida.

Bibliografía

1. Colombia

- Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), www.acnur.org, Noticias, Día Internacional de los Pueblos Indígenas 2006, 9/08/2006.
- Arango Ochoa, R. y Sánchez Gutiérrez, E., *Los pueblos indígenas de Colombia. Departamento Nacional de Planeación*, Bogotá, TM Editores, 1997.
- Arango Ochoa, R. y Sánchez Gutiérrez, E., *Los pueblos indígenas de Colombia: en el umbral del nuevo milenio*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2004.
- Arocha, J. (comp.), *Utopía para los excluidos. El multiculturalismo en África y América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- Boelens R., *Derechos de agua, gestión indígena y legislación nacional. La lucha indígena por el agua y las políticas culturales de la participación. Programa ley de aguas y derechos indígenas WALIR* (por sus siglas en inglés), Universidad de Wageningen UN/CEPAL, 2002 (fotocopia).
- Caja Agraria, INCORA, INDERENA, Asuntos Indígenas, Ministerio de Gobierno, *Política del gobierno nacional para la defensa de los derechos indígenas y la conservación ecológica de la cuenca Amazónica*, Bogotá, editado por Caja Agraria, Losar impresores, 1989.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) # 3310 de 2004: Política de acción afirmativa para la población negra o afrocolombiana, Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Declaración de los Pueblos Indígenas sobre el Agua*, aprobada en el Tercer Foro Mundial del Agua, Kyoto, Japón, 2003.
- Dirección General de Asuntos Indígenas, Ministerio del Interior, *Los pueblos indígenas en el país y en América. Elementos de política colombiana e internacional*, Bogotá, 1998.
- Fajardo Montaña, D.; Mondragón, H. y Moreno O., *Colonización y estrategias de desarrollo*, Bogotá, IICA, 1997.
- Foro Nacional Ambiental, boletín: Sociedad y Biodiversidad – El Foro de Buenaventura: Hacia un escenario Pacífico, elaborado por Sánchez, E. (2006).
- Gentes, I., “Derecho al agua de los pueblos indígenas de América Latina”, en revista *El otro Derecho*, núm. 34: Movimientos sociales y luchas por el derecho humano al agua en América Latina, Bogotá, ILSA, 2006.
- Hopenhayn, M.; Bello, A. y Miranda F., *Los pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio*, CEPAL-Serie Políticas sociales, núm. 117 y GTZ, Santiago de Chile, 2006.
- IDEAM, *Guía técnico científica para la ordenación y manejo de cuencas hidrográficas en Colombia*, Bogotá, Impresión CORPOCALDAS, 2004.
- IDEAM, *Reseña primer taller de capacitación. Elementos conceptuales y metodológicos para la reflexión y aproximación intercultural en el proceso de ordenación y manejo de la subcuenca del río Guatapurí* (fotocopia).
- Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), *Reforma agraria y desarrollo rural para los gru-*

- pos étnicos en Colombia. Estudio de caso*, Conferencia internacional sobre reforma agraria y desarrollo rural realizada en Porto Alegre, Brasil, marzo de 2006 (fotocopia).
- Jimeno Santoyo, G.; Correa, H. D. y Vásquez, M. (comp.), *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Conceptos de la Dirección General de Asuntos Indígenas 1995-1998*, Dirección General de Asuntos Indígenas, Ministerio del Interior, Bogotá, 1998.
- Ministerio del Medio Ambiente, Políticas Ambientales de Colombia, imprenta Nacional, Bogotá, 1999.
- Ministerio del Medio Ambiente – ICFES, Seminario de Ordenamiento Territorial (Memorias), Imprenta Nacional, Bogotá, 2000.
- Ministerio del Interior, Dirección General para Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales, *Los consejos comunitarios en el escenario de lo local*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- Ministerio del Interior y de Justicia, *Acciones del gobierno nacional en beneficio de los grupos étnicos 2002-2006*, informe Dirección de Etnias (fotocopia).
- Osuna Patiño, N., *Consultoría sobre diversidad étnica*, realizada para Corpacot (sin publicar, sin fecha).
- Ponce de León Chaux, E., *Humedales. Designación de Sitios Ramsar en territorios de grupos étnicos en Colombia*. Fondo Mundial para la Conservación de la Naturaleza (WWF), Cali, 2004.
- Ponce de León, E., *Bases técnicas y legales de la política de participación social en la conservación*, cap. 3: “Áreas protegidas y territorios colectivos de comunidades indígenas y negras”, Embajada Real de los Países Bajos y Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales, Bogotá, 2005.
- Portela Guarín H., *El pensamiento de las aguas de las montañas*, Popayán, editorial Universidad del Cauca, 2000.
- Roldán Ortega, R., *Resguardos indígenas y parques naturales en Colombia: Una reflexión sobre la viabilidad o no de su coexistencia legal sobre un mismo espacio territorial*, Bogotá, Fundación Gaia Amazonas (fotocopia, sin fecha).
- Roldán Ortega, R., *Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*, COICA, In Went, Alianza del Clima Ecuador, 2004.
- Roldán Ortega, R., y Gómez Vargas, J. H. (comp.), *Fuero Indígena Colombiano. Ministerio de Gobierno-Dirección de Asuntos Indígenas*, Bogotá, Gente Nueva Editorial, 1994.
- Sánchez Botero, E., *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Universidad Nacional de Colombia-Unidad de Investigaciones Jurídico-sociales y Políticas “Gerardo Molina” (UNIJUS), 2ª ed., Bogotá, 2004.
- Sánchez Botero, E.; Roldán, R. y Sánchez, M. F., *Bases para la conformación de las entidades territoriales indígenas (ETIS)*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 1992.
- Sánchez Botero, E.; Roldán, R. y Sánchez, M. F., *Derechos e identidades. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, COAMA, 1993.
- Solanes, M. y Getches, D., *Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo-CEPAL, 1998.
- Ulloa, A., *La construcción del nativo ecológico. Complejidades, paradojas y dilemas de la relación entre los movimientos indígenas y el ambientalismo en Colombia*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), Colciencias, 2004.

- Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Ministerio del Medio Ambiente. *Política de Participación Social en la Conservación*, Litocamargo LTDA, Bogotá, 2001.
- VV. AA., *Derecho, etnias y ecología*, Colección documentos de la misión ciencia, educación y desarrollo, tomo VI, Presidencia de la República y Colciencias, Bogotá, 1995.
- VV. AA., Hacia el reconocimiento de los derechos de agua y reglas de gestión indígenas y campesinas en la legislación nacional sobre los recursos hídricos -Resumen de las presentaciones del encuentro realizado el 7 de marzo de 2002, con ocasión del Seminario Internacional del Programa legislación de aguas y derechos indígenas (WALIR) (por sus siglas en inglés), Wageningen, Países Bajos (fotocopia).
- VV. AA., *Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario y Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2004.

2. Ecuador

- Derecho del Agua y Derecho Indígena, "Hacia un reconocimiento estructural de la Gestión Indígena del agua en las Legislaciones Nacionales de los Países Andinos" , Documento conceptual, Salir, 2002.
- Foro de los Recursos Hídricos, *Segundo Encuentro Nacional*, 2003.
- Foro de los Recursos Hídricos, *Proyecto de Ley Reformatoria de las Codificaciones de la Ley de Aguas y leyes conexas. 6 aspectos clave*, julio 2005.
- Nacionalidad ACHUAR, *Estatuto, fines e historia organizativa*, Quito, Nina Comunicaciones, noviembre 2005.
- Palacios, Paulina, *Reconocimiento de los derechos indígenas-campesinos en la legislación ecuatoriana sobre recursos hídricos*, 2002.
- Proyecto de Ley de Biodiversidad, CONAIE, Hivos, Ibis, DED, Entre Pueblos, Ayuntamiento de Alicante, 2004.
- Sarzosa Játiva, Pablo, *Condiciones y límites del diálogo intercultural con motivo de las últimas reformas constitucionales ecuatorianas*", Bogotá, Instituto Latinoamericano de Estudios Legales Alternativos (ILSA), 2004.
- Serrano, Vladimir; Rabinovich, Ricardo y Sarzosa, Pablo, *Panorámica del derecho indígena ecuatoriano*, mayo 2005.
- Terra incógnita*, volumen s/n, enero 2000.
- Tobar, Mónica, *Experiencias de centros de mediación: Una orientación para el manejo de conflictos socioambientales*, Unidad Coordinadora para el Desarrollo Forestal Sostenible de la Provincia de Esmeraldas (UCE), 2004.
- Tocagón, Luis Fernando, *Pensamiento de las nacionalidades indígenas del Ecuador*, documento sin fecha.
- Tocagón, Luis Fernando y Bautista, Luis Alberto, *Tenientes políticos, jueces y tinterillos versus el Cabildo y la comunidad. Experiencias de Pajal en torno a la administración de justicia*, abril 1998.
- Trujillo, Julio César, *Ponencia presentada en el coloquio sobre administración de justicia indígena*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 20/01/2002.

3. Guatemala

- Beltrán, J., *Pueblos indígenas y tradicionales y áreas protegidas: principios, directrices y casos de estudio*, Suiza, UICN, 2001.

- CALAS, Programa de Derecho Indígena Ambiental "Normas Indígenas sobre el uso del agua, el bosque y la vida silvestre", Guatemala, Litografía JB, 2003.
- CALAS, "Legislación Ambiental guatemalteca, tomo II, Gestión de recursos naturales, sistemas ambientales y patrimonio cultural", Guatemala, CALAS, 2004.
- CALAS, "Legislación ambiental guatemalteca, tomo V, Gestión de la diversidad biológica y de las áreas protegidas", Guatemala, CALAS, 2004.
- CARE, ECOLEX, SUR, *Guía de los derechos indígenas sobre los recursos naturales en Ecuador*, Quito, septiembre 2003.
- Consejo de organizaciones mayas de Guatemala, *Cumplimiento del Convenio 169 en Guatemala-Tercer Informe*, Guatemala, Diakonia, 2004.
- Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, "Acuerdos de Paz", UNESCO, Guatemala, 1996.
- Consejo de organizaciones por la observancia y verificación de los instrumentos contra la discriminación y el racismo en Guatemala, "Informe Alternativo sobre la aplicación de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial por el Estado de Guatemala", Guatemala, 2005.
- Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, "La Autoridad en el Sistema Jurídico Maya en Guatemala", PNUD, Guatemala, 2003.
- Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, *Aportes del sistema jurídico maya hacia el Estado de Guatemala en materia de prevención y transformación de conflictos*, Guatemala, PNUD; ASDI, 2005.
- Defensoría Maya, *Construyendo el pluralismo jurídico*, Guatemala, 2000.
- ECOLEX, *Nuestros derechos y nuestras responsabilidades*, Quito, Gemagrafic, 2003.
- FANCA, *Las Juntas de Agua en Centroamérica: valoración de la gestión local del recurso hídrico*, FANCA, 2006.
- FEA, CEMDA, *El agua en México: lo que todas y todos debemos de saber*, México, 2006.
- Hernández Alarcón, R., *Abriendo brecha (una propuesta de desarrollo rural)*, Guatemala, Plataforma Agraria, 2004.
- IIDEMAYA, *Elementos y propuestas para el perfil del plan de desarrollo maya y rural en equilibrio con la naturaleza*, Guatemala, IIDEMAYA, 2006.
- Jáquez, C. J., *Lo que se dice del agua*, México, CONAGUA, 2005.
- Ochoa García, C., *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Bogotá, Cholsamaj, 2001.
- Oxlajuj Ajpop, "Del Monismo al pluralismo jurídico en Guatemala", Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, Guatemala, 2003.
- Pisquiy, L.; Gonon Ortiz, F. y Mutz, R., *Conocimientos y prácticas indígenas relacionadas con el recurso forestal*, Guatemala, Litografía Los Altos, 2004.
- PNUD, *Informe del taller sobre multiculturalidad, pueblos indígenas y gobernabilidad*, Guatemala, PNUD, 2004.
- Reyes, V., *Situación de los recursos hídricos en Centroamérica: hacia una gestión integrada*, Global Water Partnership, BID, INWAP, 3ª ed., Costa Rica, 2006.
- Rosales Barrientos, M. E., *Breve historia jurídica y análisis sobre la institucionalidad, el derecho maya y el derecho de los pueblos indígenas en Guatemala*, USAID, UE Guatemala.
- Secaira, E., *La conservación de la naturaleza, el pueblo y movimiento maya, y la espiritualidad en Guatemala: Implicaciones para conservacionistas*, PROARCA/CAPAS/AID, UICN, FCG, SUI, The Nature Conservancy, Guatemala, 2000.

4. Paraguay

- Abed, Sheila; Varela del Solar, Jorge Luis; Santagada, Ezequiel; Sabsay, Daniel; Ryan, Daniel; Saucedo, Ricardo y Merlo, Ricardo, *Mejoramiento del marco legal ambiental*, Asunción, Ed. IDEA, 2003.
- Abed, Sheila; Cafferatta, Néstor; Santagada, Ezequiel; Abed, Patricia; Garavaglia, Georgina; Poletti Merlo, Alma; Gorosito, Ricardo y Casella, Aldo, *Régimen jurídico ambiental de la República del Paraguay. Análisis crítico. Normas legales y reglamentarias actualizadas y concordadas*, Asunción, Ed. IDEA y SISNA, 2007 .
- DGEECE publicaciones *II Censo Nacional Indígena de Población y Viviendas 2002. Pueblos indígenas del Paraguay. Resultados finales*. Asunción: Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos, 2003.
- DGEECE publicaciones *Atlas de las comunidades indígenas en el Paraguay*, Asunción, 2004. Disponible en www.dgeec.org.py.
- Equipo Nacional de Pastoral Social. Conferencia Episcopal Paraguaya (Editores) *Tierra y sociedad. Problemática de la tierra urbana, rural e indígena en el Paraguay*, 1984.
- Fabre Alain, Borrador de un artículo que aparecerá en *Suplemento Antropológico*, Asunción, Paraguay. [Última modificación: 04/10/06] *Los pueblos del Gran Chaco y sus lenguas, cuarta parte: Los zamucos*.
- Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, p. 118.
- IDEA, *Mejoramiento del marco legal ambiental*, Asunción, 2003.
- Iturbide, Gabriela A. y Abreut de Bergher, Liliana E., *Tema de investigación histórico-jurídico: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionada con la problemática indígena. Período 1863-1930*, Ed. La Ley Online, www.laleyonline.com.ar.
- Iza, Alejandro y Rovere, Marta B. (ed.), *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental*, UICN; Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido, 2006.
- Rehndfeldt, Marilyn; Soto, Carmiña; Aparicio, María José y Cinto, Juan Pablo, *ISHIR. Una cultura que sobrevive*, Asunción, Ed. IDEA, 2005.
- Zanardini, José y Biedermann, Walter, *Los indígenas del Paraguay*, Centro de Estudios Antropológicos de la Universidad Católica, Asunción, Ed. Biblioteca Paraguaya de Antropología, 2001.

Autores y editores

Autores

Eugenia Ponce de León Chaux

Abogada colombiana, especialista en derecho público, master en derecho ambiental, candidata a doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Externado de Colombia y asesora regional del Proyecto Páramo Andino ejecutado por el Consorcio para el Desarrollo Sostenible de la Ecorregión Andina (CONDESAN).

Juan Pablo Cinto

Ingeniero Forestal argentino. Realizó cursos de Posgrado en Antropología Social y Manejo de Áreas Protegidas. Docente Universitario en Política y Legislación Ambiental. Fundador y Director del Centro de Estudios en Manejo de Áreas Protegidas y Ecoturismo (CEMAPE) en el Instituto Universitario Gastón Dachary (Argentina). Director Adjunto del Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA) con sede en Asunción, Paraguay, y Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” dictada en Convenio con la Universidad de Limoges (Francia).

Mónica Tobar Cabrera

Abogada ecuatoriana. Asesora y consultora jurídico-ambiental de instituciones públicas y privadas. Miembro del Colegio de Abogados de Pichincha, Auditor interno del sistema de evaluación ISO 14001. Especialista Legal Proyecto Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Ministerio del Ambiente del Ecuador.

Jeannette De Noack

Abogada y notaria guatemalteca. Con especialidad en temas relativos al derecho y a la legislación ambiental referida al tema agua y recursos costeros marinos. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental y del Grupo de especialistas de Agua de la Unión Mundial para la Naturaleza, UICN. Ejerce la Secretaría de GWP-Guatemala, en nombre de la organización CALAS.

Editores

Alejandro Iza

Abogado argentino. Doctor en Derecho. Especialista en derecho ambiental internacional. Director del Centro de Derecho Ambiental de la UICN-Unión Mundial para la Naturaleza y Jefe del Programa de Derecho Ambiental de la UICN.

Marta Brunilda Rovere

Abogada argentina. Especialista en Derecho Ambiental y de Aguas. Codirectora del Grupo de Expertos en Aguas y Humedales de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN. Miembro consultivo del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). Coordinadora del Comité de Estudios Ambientales del CARI. Integrante del Consejo de Redacción del Suplemento de Derecho Ambiental, FARN, de la Revista Jurídica La Ley.



Programa de Derecho Ambiental de la UICN

Centro de Derecho Ambiental

Godesberger Allee 108-112

53175 Bonn

Alemania

Tel: ++49.228.2692 231

Fax: ++49.228.2692 250

elcsecretariat@iucn.org

www.iucn.org/themes/law



MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN



AGENCIA
ESPAÑOLA DE
COOPERACIÓN
INTERNACIONAL