

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA

Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe

Liber Martín
Juan Bautista Justo



NACIONES UNIDAS

CEPAL

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA

Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe

Liber Martín
Juan Bautista Justo



NACIONES UNIDAS

CEPAL

Este documento fue preparado por Liber Martín, Consultor de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en coautoría con Juan Bautista Justo, bajo la supervisión de Andrei Jouravlev, Oficial de Asuntos Económicos de la Unidad de Recursos Naturales y Energía de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL, con la colaboración de Caridad Canales, funcionaria de la misma División.

Los autores agradecen los aportes y comentarios de Carl Bauer, Raúl Campillo, Eduardo Chaparro, Matias Guiloff, Michael Hantke-Domas, Pablo Jaeger, Ana Leyva, María Celeste Martínez, Humberto Peña, Carlos Pereyra, Víctor Pochat, Fernando Reyna, Fernanda Rojas, Florencia Saulino, Miguel Solanes, Felipe Tapia, Jorge Vergara-Castro y Nancy Yañez.

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

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN 1680-9017

LC/L.3991

Copyright © Naciones Unidas, abril de 2015. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Abstract	7
Introducción	9
I. Marco teórico e instrumentos para el análisis de los conflictos por el agua	11
A. Concepto y tipología de los conflictos por el agua	12
1. Conflictos entre usos	13
2. Conflictos entre usuarios	16
3. Conflictos con actores no usuarios	17
4. Conflictos intergeneracionales	18
5. Conflictos interjurisdiccionales	19
6. Conflictos institucionales	22
B. Paradigmas.....	22
1. Paradigma económico.....	22
2. Paradigma ambiental	23
3. Paradigma social.....	23
C. Elementos	24
1. Objeto	24
2. Sujetos	25
3. Formas	26
II. Las deficiencias de los sistemas de gobernabilidad del agua	27
A. Débil gobernabilidad de los recursos hídricos	27
1. Insuficiencias de los marcos normativos	28
2. Falta de capacidad para aplicar los marcos normativos	29
B. Fragmentación del poder decisorio	32
1. Fragmentación territorial	32
2. Fragmentación sectorial	32
C. Deficiente participación.....	34

III. Propuesta para prevenir y manejar los conflictos	35
A. El enfoque del agua basado en derechos humanos	35
1. Marco general	35
2. Proyecciones para la gestión de los recursos hídricos	36
B. Los instrumentos del enfoque basado en derechos humanos	38
1. Derecho humano al agua y al saneamiento.....	38
2. Cooperación, integración y armonización del derecho internacional	41
3. El rol de la comunidad.....	43
4. Acceso a la información	48
5. Equidad intergeneracional	50
6. Gestión integrada de los recursos hídricos	51
7. Consentimiento libre, previo e informado	52
8. Mecanismos judiciales y administrativos	55
IV. Conclusiones y recomendaciones	57
A. El análisis de los conflictos.....	57
B. La prevención de los conflictos	57
C. La solución de los conflictos	58
D. Recomendaciones	58
Bibliografía	59
Serie Recursos Naturales e Infraestructura: números publicados	62
Recuadros	
RECUADRO 1 LA NOCIÓN DE TERRITORIALIDAD INDÍGENA Y EL PLUS DE PROTECCIÓN SOBRE LA PROPIEDAD CIVIL	18
RECUADRO 2 LOS CONFLICTOS POR EL AGUA Y EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS	20
RECUADRO 3 EJEMPLO DE APLICACIÓN DEL MARCO TEÓRICO DE LOS CONFLICTOS POR EL AGUA	26
RECUADRO 4 EL CASO “MENDOZA” DE LA CUENCA MATANZA-RIACHUELO.....	33
RECUADRO 5 PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE AGUAS PARA LA PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	44
RECUADRO 6 USOS TRADICIONALES Y OBRAS DE INFRAESTRUCTURA: EL CASO DE YACIRETÁ.....	47

Resumen

Los conflictos por el agua en América Latina y el Caribe se han incrementado considerablemente en los últimos años, hasta alcanzar altos niveles de complejidad e impacto en las economías, los ámbitos políticos, la estabilidad social, las poblaciones y el ambiente. Este trabajo busca proveer un marco conceptual para el análisis de estos conflictos. Identifica las deficiencias de los sistemas nacionales de gobernabilidad del agua. Estas debilidades son una de las principales fuentes de los conflictos por el agua en los países de la región. Los sistemas existentes de gestión del agua son incapaces de prevenir o solucionar dichos conflictos. Para la gradual superación de esas deficiencias se propone una serie de políticas públicas cuyo denominador común es el enfoque de los recursos hídricos basado en los derechos humanos. Se exploran, como expresiones de aquel, el derecho humano al agua y al saneamiento, la equidad intergeneracional, el acceso a la información, el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades y la gestión integrada de los recursos hídricos, entre otras.

Abstract

Conflicts over water in Latin America and the Caribbean have increased considerably in recent years, reaching high levels of complexity and impact on economies, the political field, social stability, populations and the environment. This study seeks to provide a conceptual framework to analyze such conflicts. It reviews the deficiencies of national systems of water governance. These weaknesses are one of the principal sources of water conflicts in the region. Existing systems of water management are incapable of preventing or resolving these conflicts. To gradually eliminate these deficiencies, a number of public policies are proposed whose common denominator is the human rights-based approach to water resources. Different dimensions of this methodology are explored, such as the human right to water and sanitation, intergenerational equity, access to information, prior, free and informed consent of communities and integrated water resources management, among others.

Introducción

En los últimos años la región ha observado un creciente nivel de conflictividad en relación al desarrollo y emplazamiento de emprendimientos productivos, en especial aquellos extractivos y de gran envergadura que —por implicar el uso intensivo de los recursos naturales y el agua en particular— impactan en las condiciones de vida de la población y en el medio ambiente. Es común que esas disputas se caractericen por una alta polarización, ausencia de espacios de diálogo, asimetrías informativas, poca transparencia, insuficiencia o dificultad de manejo de evidencias científicas, intereses ocultos y conflictos de valores e ideologías subyacentes, todo lo cual dificulta su abordaje y conduce en muchos casos a mecanismos no deliberativos de resolución caracterizados por altos costos de transacción.

El aprovechamiento, manejo y protección de los recursos hídricos se encuentra en el centro de la mayoría de esos conflictos y es por ello que los objetivos de este estudio son: i) proponer un marco teórico para el análisis de los conflictos por el agua (CpA) que permita sistematizar la profusa casuística existente; ii) detectar las deficiencias que presentan los sistemas de gobernabilidad del agua en los países de la región para prevenir y procesar los CpA, y que en ocasiones operan como su causa; y iii) identificar las políticas públicas que pueden contribuir a superar dichas deficiencias, desde el punto de vista de la minimización de la conflictividad, incluyendo nuevos instrumentos de manejo de conflictos y perfeccionamiento de marcos legales.

Usualmente se presenta a los CpA como un problema de carácter excepcional que es urgente manejar, evitar, prevenir o desactivar. Sin embargo, ellos no constituyen hechos aislados —aun cuando se agravan o se relacionan con la variabilidad de los ecosistemas y la escasez— sino un aspecto estructural de la dinámica social que obedece a múltiples causas, derivadas en muchos casos de las debilidades en la gobernabilidad del agua y el aumento de la capacidad de movilización de la sociedad civil, pero también de una distribución social injusta y de diferencias ideológicas. Por otra parte, si bien los CpA están generalmente dotados de una connotación negativa, ellos pueden constituir una forma de expresión donde se confrontan discursos, emergen nuevos actores y aspiraciones políticas y sociales, y se generan propuestas y posibilidades. Desde esta perspectiva, los CpA también pueden ser valorados como procesos capaces de desencadenar consecuencias positivas si se les gestiona adecuadamente (Merlinsky, 2009). El enfoque propuesto en este trabajo apunta a la implementación de arreglos institucionales que permitan generar esas consecuencias positivas. El desenlace del proceso involucra el fortalecimiento de la sociedad civil y de las instituciones.

Históricamente, las sociedades al hacer frente a grandes desafíos de la gestión del agua, han estructurado sistemas de manejo efectivos, derivados de la necesidad de controlar los recursos hídricos tanto para la defensa contra efectos dañinos como para su aprovechamiento a escala nacional y local (Wittfogel, 1966). Esto pareciera indicar que el agua tiene el potencial —derivado de sus propias necesidades de manejo y de lo vital de sus servicios— de generar formas propias de coordinación, aún dentro de contextos caracterizados por grandes problemas de gobernabilidad (Solanes y Jouravlev, 2005).

Es importante aclarar que, en general, los CpA no son sólo por el agua. En la mayoría de los países de la región, la raíz de la controversia no es la escasez física o real de recursos hídricos, sino una escasez construida, relativa, derivada de un amplio abanico de factores que incluyen el mal manejo, contaminación, monopolización de acceso, transferencia de externalidades negativas, amenazas a la sustentabilidad o limitación de futuras oportunidades de desarrollo, incapacidad de gestión e insuficiencia de regulación e inversión en infraestructura de aprovechamiento. Aun cuando un CpA sea provocado por la dimensión hídrica de la escasez, usualmente el mismo no puede catalogarse como exclusivamente hídrico, y pasa a ser político, social, ambiental, cultural o económico, con toda la complejidad que implica la necesidad de arbitrar múltiples intereses que buscan acceder a un bien escaso. Todo esto, sin perjuicio de que la región contiene algunas zonas sumamente áridas y la utilización del agua se encuentra altamente concentrada en un número relativamente reducido de cuencas.

Los CpA revisten usualmente el carácter de conflictos ambientales o socio ambientales, dado el lugar central y preeminente que el recurso hídrico posee en el ecosistema y en la sociedad. Ellos presentan también una escala espacial y territorial muy diversa que puede ir desde lo local, regional y nacional hasta la esfera internacional o transfronteriza cuando el recurso es compartido por dos o más Estados. Esto varía la naturaleza del conflicto, así como el marco jurídico y los instrumentos disponibles para su resolución.

En igual medida, los CpA entrañan casi siempre un desacuerdo social que adquiere diferentes dimensiones. El conflicto puede presentarse entre usuarios y no usuarios, pero puede a su vez ser intergeneracional, interjurisdiccional o institucional. Particular notoriedad han adquirido recientemente los CpA que involucran a comunidades locales o pueblos indígenas que reclaman agua para consumo humano y el mantenimiento de economías de subsistencia o sus tradicionales formas de vida, frente al desarrollo de mega proyectos de economía moderna apoyados o promovidos por los gobiernos centrales, como industrias extractivas, represas o carreteras. En este contexto, factores como el cambio climático no hacen más que incrementar esa complejidad y conflictividad desde el punto de vista ambiental y sobre todo social ya que son los sectores más pobres, con menor capacidad adaptativa y normalmente localizados en territorios más vulnerables, los que sufrirán más fuertemente sus consecuencias.

Todo lo anterior hace que los CpA constituyan simultáneamente un problema económico, social, político y ambiental que involucra un conflicto de intereses y de poder de orden político (Ulrich y otros, 2008; Schatz, 2010). Aún con ese encuadre general, los CpA presentan particularidades respecto de los conflictos ambientales o socio ambientales, justificando desde el punto de vista epistemológico su tratamiento autónomo (Pereyra, 2005; Urteaga, 2009; Priscoli y Wolf, 2009; Mussetta, 2013).

Los CpA se han incrementado notablemente en número e intensidad durante las últimas décadas. Muchas son las explicaciones que se han ensayado para este fenómeno, entre las que pueden mencionarse la expansión de las exportaciones de materias primas, la tendencia creciente a la urbanización —que rivaliza con usos asociados a lo rural—, un aumento en la conciencia ambiental, la consolidación de las libertades democráticas (Sabattini, 1997) e incluso la proliferación de las redes sociales. A nivel nacional no son pocos los estudios que los han abordado en tiempos recientes, intentando a través de métodos diversos elaborar inventarios o catálogos de CpA y hasta realizar un monitoreo permanente de ellos (como por ejemplo, IPROGA, 2009; Mussetta, 2013; Pochat, 2012).

Dando cuenta de esa complejidad, este documento pone el foco en los CpA desde una perspectiva interdisciplinaria y regional, procurando aportar herramientas para su mejor comprensión y para posibilitar un trabajo coordinado de los diferentes actores en su análisis, prevención y solución.

I. Marco teórico e instrumentos para el análisis de los conflictos por el agua

Los CpA son el resultado de la multiplicidad de demandas y pretensiones o aspiraciones que confluyen sobre los limitados recursos hídricos y que, por consiguiente, no pueden satisfacerse simultáneamente (rivalidad en el consumo en sus diferentes dimensiones, cuantitativa, cualitativa y temporal). Ellos materializan relaciones antagónicas que surgen de la colisión de posiciones e intereses en torno a la cantidad, calidad y oportunidad de agua disponible para los diferentes actores.

Este tipo de conflictos involucra procesos que se desarrollan a lo largo del tiempo, poseen evoluciones fluctuantes y no se limitan a eventos aislados, lo cual hace necesario imprimir dinamismo al análisis y evitar miradas estáticas y descontextualizadas de condiciones económicas, demográficas, tecnológicas y otras. Si bien el agua tiene un lugar preponderante en el núcleo de las disputas, se presentan en ellas connotaciones culturales, históricas, territoriales, sociales, políticas, económicas y distributivas que son claves para su comprensión y resolución, haciendo especialmente necesarios los abordajes interdisciplinarios. En ese sentido, también los CpA poseen componentes que trascienden los aspectos técnicos o científicos, aún cuando es necesario que éstos sean adecuadamente analizados y divulgados, en especial debido a la asimetría informativa y al desigual poder de negociación y organización de las partes, que se conjugan con la baja fiabilidad de mucha de la información circulante para propiciar, en ocasiones, el surgimiento de posturas extremas y polarización.

En una cantidad importante de CpA, el epicentro de la controversia es la relación entre la comunidad, las empresas y el Estado. Desde el plano de la comunidad, suelen desarrollarse acciones colectivas que confrontan proyectos productivos por considerarlos negativos para los recursos hídricos o para sus intereses. Estos proyectos normalmente son impulsados por compañías, en muchos casos con participación de capital extranjero y cuentan con apoyo del Estado. Habitualmente, los involucrados no tienen una percepción del sistema hidrológico nacional, sino de su cuenca o de la porción de la que se abastecen, así como también una representación parcial de la organización institucional y objetivos de la gestión del agua. Ello se agrava por cuanto se advierte todavía una débil presencia de la sociedad civil, que en varios casos es sustituida por grupos pequeños pero activos, de escasa representatividad en el conjunto de la comunidad y que no están en condiciones de generar visiones comprensivas de los problemas existentes (Solanes y Jouravlev, 2005).

Se observa en los debates sobre CpA la ausencia de un marco teórico riguroso para procesar la enorme casuística existente. El primer objetivo de este trabajo es reducir ese déficit a través de la propuesta de una estructura conceptual para sistematizar los CpA que se producen en la región. Se busca ofrecer con ello una herramienta práctica que facilite el abordaje de los CpA. El primer desafío que plantea esta temática es la falta de claridad en los desacuerdos, ¿cómo pueden manejarse adecuadamente los CpA si no existe precisión siquiera sobre sus componentes esenciales? A eso apunta el marco teórico, que busca proveer una modalidad de análisis que permita esa clarificación preliminar, para reducir las distorsiones en la información y obligar a transparentar las posiciones y objetivos.

La opacidad sobre los actores e intereses involucrados en los CpA, y su diversidad y heterogeneidad, conducen a escenarios de confusión que impiden comenzar el diálogo, alargan e intensifican las disputas y controversias y, consecuentemente, demoran las soluciones. No es lo mismo, por ejemplo, que una comunidad se oponga directamente al emplazamiento de un proyecto, a que ella requiera mayores controles ambientales, participación en las decisiones o en los beneficios económicos del mismo. En la primera hipótesis se trata de un juego de suma cero, mientras que en las demás situaciones hay posibles matices. Igualmente, no es indiferente que el reclamo se inscriba en pretensiones de cambio global o en coyunturas locales, pues la posibilidad de incidencia en la realidad varía dramáticamente. Todas estas alternativas deben ser aclaradas.

El punto de partida debe ser facilitar el diagnóstico del escenario y, sobre todo, promover el sinceramiento de las posiciones y los intereses en juego, que es el primer paso para poder avanzar. Más aún, es probable que, de materializarse, ese sinceramiento contribuya por sí mismo a lograr acuerdos de un modo significativo. Con esa finalidad, el marco teórico de los CpA asienta el tratamiento del universo de casos en tres dispositivos: i) el concepto y tipología de los conflictos, elaborados con base en la observación de las principales tendencias y eventos recurrentes; ii) los paradigmas en los que se desenvuelven los participantes y enmarcan sus demandas; y iii) los elementos, cuya presencia es esencial para la calificación del CpA y que se descomponen en objeto, sujetos y forma.

A. Concepto y tipología de los conflictos por el agua

El agua, aun más que otros recursos naturales, presenta una serie de características (Solanes y Jouravlev, 2005) que —en caso de un abordaje inadecuado— pueden promover la conflictividad. La tipología de conflictos atiende, inicialmente, a estos rasgos del recurso.

La primera de ellas se vincula con la movilidad inherente al ciclo hidrológico, que no atiende a límites políticos, administrativos ni jurídicos, y con ello dificulta la determinación y aplicación de derechos sobre el agua, generando incertidumbre¹. La segunda reside en la diversidad de usos del agua, que puede dar lugar —en especial en los usos consuntivos— a rivalidad en los aprovechamientos. Un tercer rasgo del agua que puede propiciar el surgimiento de CpA —sobre todo, en caso de una deficiente gestión— es la interdependencia general de los usuarios: los usos y usuarios situados aguas abajo dependen de manera crítica de la cantidad, calidad y tiempo de los sobrantes, caudales de retorno o pérdidas de los usos y usuarios localizados aguas arriba, que por esta razón, detentan una ubicación privilegiada. Esa diferencia de posiciones se traduce en la naturaleza unidireccional y asimétrica de las interrelaciones e interdependencias entre los usos y usuarios de agua en un sistema hídrico integrado (Dourojeanni, Jouravlev y Chávez, 2002). En la medida en que, debido a su ubicación privilegiada en la cuenca, los comportamientos de los usuarios de aguas arriba condicionan la situación de los de aguas abajo, pero no viceversa, existe un desequilibrio de fuerzas que dificulta alcanzar un aprovechamiento óptimo y sustentable a través del proceso de la negociación. Ello genera un escenario fértil para el surgimiento de los CpA, poniendo de manifiesto la importancia de la intervención regulatoria del Estado para su prevención y solución. De aquí que se entiende que “la gestión del agua es una gestión de conflictos” (CEPAL, 1992).

¹ Los derechos privados sobre recursos comunes tienden a ser más limitados, correlativos, contingentes y atenuados, en comparación con los que se aplican a la tierra, en virtud del carácter estático de la segunda (Cole y Ostrom, 2010).

En términos generales, un conflicto es una clase de relación social cuyos participantes persiguen objetivos incompatibles entre sí. En el caso del agua, esas pretensiones discordantes se vinculan con su aprovechamiento real o potencial.

El choque intersubjetivo de intereses inherente a los CpA se traduce en la coexistencia de una pretensión sobre los atributos o dimensiones del recurso y una resistencia que se le opone por existir similares aspiraciones. Estas posturas encontradas se vinculan en la mayoría de los casos con el acceso a una cantidad de agua de cierta calidad en un momento dado. Esta razón primaria para el surgimiento de un CpA involucra generalmente escenarios de escasez en los cuales la asignación para determinados usos y usuarios implica la insuficiencia para satisfacer otros —en cantidad, calidad u oportunidad—, pero también se refiere a los casos de exceso de agua que originan controversias sobre quién debe ser el sujeto receptor del sobrante y soportar los daños en caso que los hubiere.

La calidad del agua también es motivo de CpA, en la medida en que su degradación puede comprometer una serie de destinos clave del recurso. La contaminación de las aguas puede generar perjuicios productivos, económicos, ambientales y sanitarios a ciertos sectores y por ello este componente se encuentra en el centro de la escena en una gran cantidad de casos. La colisión entre los derechos extractivos sobre el agua y los permisos de vertido de desechos en el mismo cuerpo, se convierte en un problema estructural, propio de esta faceta de los CpA.

Por último, la disponibilidad temporal del agua da lugar a controversias, en especial cuando se enfrentan usos consuntivos (por ejemplo, el riego) con otros que —aunque no necesariamente implican consumo del recurso— limitan la accesibilidad de terceros en determinados momentos (como la generación hidroeléctrica cuando depende del almacenamiento para asignar el caudal en el tiempo).

Con base en estos aspectos, es posible ensayar la siguiente tipología: i) conflictos entre usos, ii) conflictos entre usuarios; iii) conflictos con actores no usuarios; iv) conflictos intergeneracionales; v) conflictos interjurisdiccionales; y vi) conflictos institucionales.

1. Conflictos entre usos

Estos conflictos ocurren cuando el recurso no satisface (cuantitativa, cualitativamente o en el tiempo) las demandas que generan los diferentes destinos del agua de una cuenca. Esta categoría incluye conflictos entre usos actuales entre sí (riego, abastecimiento de agua potable, generación hidroeléctrica, minería, etc.), entre éstos y nuevos usos (modalidades extractivas novedosas, aprovechamientos que implican un uso más intensivo, en el sentido de mayor uso consuntivo o mayor impacto ambiental) y la posibilidad de reservar una porción del recurso para aprovechamientos futuros (trasvases entre cuencas, mantenimiento de caudales ecológicos, etc.). Esta insuficiencia del recurso se agrava por el hecho de que los derechos o permisos de su uso suelen no estar debidamente delimitados —aun menos en todos sus atributos— ni protegidos como tampoco inscritos.

Desde esta perspectiva, una muestra especialmente sensible para América Latina y el Caribe es la de las industrias extractivas, aunque también en forma cada vez más perceptible lo son la agricultura intensiva y la expansión urbana descontrolada. Los sectores de minería y petróleo resultan claves para las economías de muchos países y suponen para la región miles de millones de dólares en inversiones predominantemente extranjeras. Paralelamente, ese tipo de industrias demanda la utilización de grandes cantidades de agua para sus operaciones, lo que muchas veces se traduce en disputas con otras actividades. La situación de tensión entre los beneficios derivados de las inversiones y la preservación del recurso se ha visto agravada en los últimos años ante la proliferación de proyectos como resultado del aumento de los precios internacionales de esas materias primas. Muchos emprendimientos que eran técnicamente o económicamente inviables hasta hace pocos años se han vuelto atractivos para los inversores, incrementando la demanda de agua para estos nuevos usos (Tafur, 2011).

Las principales amenazas de la industria minera en relación con el agua se vinculan con posibilidades de extracción excesiva y contaminación. La primera se debe a que las operaciones requieren grandes cantidades de agua para extraer minerales de la roca. El agua es necesaria en todas las etapas de los procesos, incluyendo la explotación de canteras, la molienda, lixiviado y en la extracción de líquidos o gas. Dado que la minería es una práctica intensiva en agua, existe el riesgo de que los

recursos hídricos sean utilizados de un modo no sustentable, lo cual es especialmente problemático en zonas áridas en las cuales una parte importante de la industria minera se localiza (como el norte de Chile). Aunque en términos relativos la minería normalmente es un usuario menor en el ámbito nacional, en comparación, por ejemplo, con la agricultura, la conflictividad se explica por el hecho de que tiende a representar un nuevo uso en cuencas ya sobreexplotadas.

En la minería, la contaminación del agua se produce en la forma de polución por químicos, el drenaje ácido de las minas, el aumento de la salinización de los suelos y como resultado de los productos de desecho del proceso de extracción y lixiviado, que también puede obstruir ríos y arroyos. Es importante aclarar, sin embargo, que estos riesgos no son exclusivos de la industria minera. Por ejemplo, un problema poco visible pero cada vez más grave es la contaminación difusa causada por la agricultura.

Es importante destacar que los proyectos mineros tienden a localizarse en cabeceras de cuencas, en donde existen ecosistemas captadores de agua o zonas de infiltración. Esta ubicación estratégica implica que los posibles impactos, tanto en el uso de agua (extracción, contaminación, secado de lagunas y bofedales, etc.) como en los ecosistemas asociados (por ejemplo, remoción de suelos), tienen el potencial de afectar a todos los aprovechamientos localizados aguas abajo.

En el norte árido de Chile, la población ha reclamado contra la decisión de una empresa de agua potable de vender sus derechos de agua para su uso en una mina, aduciendo que ello comprometería la seguridad del abastecimiento urbano. En la zona han sido construidas plantas de desalinización para aumentar el agua disponible para la minería, pero sería más barato para las empresas utilizar el agua del río. En ese caso —que se reproduce a lo largo y ancho de toda la región—, la tensión entre el destino para el consumo humano y el productivo es patente. De igual forma, este CpA muestra las complejidades informativas que suelen enmarcar los desacuerdos. Por un lado, el CpA se relaciona con los mecanismos institucionales para definir el cambio en la asignación de uso del agua que había sido originalmente adjudicada para fines de abastecimiento de agua potable. Otra visión es que extraer el agua de mala calidad del río para uso minero a 3.500 metros sobre el nivel del mar y devolver el mismo caudal por medio de la desalinización a nivel del mar para el abastecimiento humano, implicaría en un significativo ahorro en costos de bombeo.

También en la región chilena del Maule se observa un CpA entre usos actuales muy recurrente. La actividad agrícola en la zona depende en gran parte del riego proveniente del embalse de la Laguna del Maule, que cuenta normalmente con una capacidad de almacenamiento de 1.420 millones de metros cúbicos que permite abastecer a 230.000 hectáreas, pero que en 2012 —luego de dos años de sequía— se había reducido a 294 millones de metros cúbicos. La escasez agravó la puja por las reservas entre los regantes y la empresa hidroeléctrica, que para fines de producción de electricidad demandó el uso de 100 millones de metros cúbicos desde la laguna. Ante la eclosión de reclamos desde el sector agrícola, la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH) cerró las compuertas del embalse a la generadora, invocando un acuerdo de 1947 que otorgaba prioridad al destino de riego en escenarios de escasez. La empresa cuestionó judicialmente la medida, lo cual llevó inicialmente a la reapertura de las compuertas. Sin embargo, luego de fuertes movilizaciones públicas de apoyo a los regantes, los tribunales dejaron sin efecto las medidas, permitiendo el cierre de las compuertas para asegurar el acceso al agua para riego. La decisión se basó en la protección de derechos fundamentales garantizados constitucionalmente de los regantes sobre los derechos de aprovechamiento de agua.

Cabe agregar que es habitual que surjan CpA de este tipo en relación con los usos que dependen del almacenamiento en embalses para asignar el caudal anual en el tiempo: la generación de hidroelectricidad necesita manejar los caudales para satisfacer la demanda energética que se concentra en los meses de invierno, estando desfasada en el tiempo de las necesidades estacionales para el uso agrícola (verano).

Un aspecto muchas veces soslayado al analizar los conflictos entre usos se relaciona también con los destinos no extractivos del agua, los cuales en ocasiones poseen una trascendencia económica, ambiental y social decisiva (valor paisajístico, turismo, comercio inmobiliario, etc.). Estos usos también ingresan en conflicto con otros —especialmente los extractivos— y merecen un tratamiento mucho más minucioso del que reciben actualmente. Un sólo proyecto productivo puede afectar gravemente el

desarrollo o continuidad de economías locales asociadas al turismo, lo cual hace necesario un análisis detenido de la proporcionalidad de los costos y beneficios involucrados.

El proceso de fractura hidráulica para extraer petróleo y gas de esquistos o arenas es un ejemplo de CpA entre usos actuales y nuevos, pues la utilización de estas técnicas extractivas implica el consumo de grandes cantidades de agua que no venían siendo masivamente demandadas por la industria petrolera en el marco de los procedimientos convencionales (Tafur, 2011).

También las disputas sobre los derechos de uso de agua para agricultura urbana como las suscitadas en Tarata (Cochabamba, Bolivia) son otra muestra de CpA entre usos actuales y nuevos. En esa zona fue construida una represa que tenía como destino proveer agua a un sistema de riego y satisfacer las necesidades básicas de los usuarios de agua de uso doméstico, pero que no contemplaba específicamente los usos productivos del agua en el área urbana. Cuando la población urbana exigió el derecho de usar el agua para cultivos alrededor de los hogares se desencadenaron violentos conflictos con los agricultores del sistema de riego, que incluso llevaron a los grupos antagonistas a dañar la infraestructura asociada con los usos de sus oponentes (Bustamante y otros, 2003)².

La competencia entre los usos agrícola, industrial y doméstico está entre los principales factores de generación de CpA entre los medios urbano y rural. La demanda creciente de agua para uso doméstico e industrial como resultado de las tendencias de expansión urbana imperantes en el último siglo produce el agotamiento de las fuentes de agua cercanas a los grandes centros poblacionales y obliga a echar mano de aquellas cada vez más distantes y costosas, a menudo privando de este recurso a las zonas rurales próximas y causando graves efectos económicos, sociales, culturales y ambientales sobre las áreas desde las cuales el recurso se transfiere (Dourojeanni y Jouravlev, 1999). Otra cara de la misma moneda es la afectación de los usos urbanos por el consumo intensivo de las aguas subterráneas con fines agrícolas, como sucedió con la sobreexplotación del acuífero del Valle de Ica, en el Perú, para el cultivo de espárragos, que provocó un abrupto descenso de sus niveles y comprometió severamente el abastecimiento de las poblaciones emplazadas en la zona.

También el aumento de descargas de aguas servidas en los cuerpos de agua cercanos a las zonas urbanas constituye una fuente directa de CpA entre usos industriales, agrícolas, domésticos, turístico y recreativos asociados a la calidad del recurso. Esto se advierte en los CpA que surgen cuando los canales y acequias son utilizados progresivamente por asentamientos humanos para arrojar desechos, cuando nuevos regantes se apropian de aguas servidas con fines productivos, e incluso cuando los prestadores de servicios urbanos invierten en tratamiento y pretenden vender las aguas servidas tratadas a agricultores que históricamente han usado estas aguas (pero obviamente contaminadas).

Otra causa de CpA en este ámbito es la obstaculización de las vías de drenaje urbano por obras como resultado de los desarreglos en la expansión urbana. La mayoría de las ciudades en la región, tanto las ubicadas en zonas de lluvias frecuentes como aquellas sujetas a altas variaciones en intensidad de lluvias o al efecto de crecidas de ríos, carecen de infraestructura de drenaje urbano adecuada y, en general, han sido desarrolladas sin planificación urbana, territorial ni de uso del suelo. La sistemática ocupación de los cauces y las planicies de inundación es entonces una creciente fuente de conflicto.

En cuanto a los conflictos producidos por la reserva del recurso para usos futuros, los trasvases entre cuencas constituyen un creciente problema, pues crean nuevas oportunidades de desarrollo en la cuenca recipiente y pérdida potencial de posibilidades económicas en la cuenca originaria del recurso. En México, el trasvase de la cuenca Cutzamala para el abastecimiento del Distrito Federal y en el Perú el proyecto Majes Siguan II, son ejemplos de este fenómeno. Es importante aclarar, sin embargo, que estos

² Es interesante destacar que la cantidad de agua en juego no era la principal causa del CpA. El agua para riego urbano que motivó la resistencia rondaba tan sólo el 5% del total disponible almacenado en la represa, pero ello no impidió que los regantes rurales se sintieran afectados en sus derechos, al entender que el agua para riego urbano no había sido utilizada por varios años y que los usuarios de agua urbanos no habían participado en la construcción y mantenimiento del sistema en el mismo grado que ellos, en especial en lo que hace al aporte de mano de obra, un modo usual de creación de derechos sobre un sistema de riego en esa zona. Sumado a esa visión sobre la pérdida de derechos de sus oponentes, los regantes también consideraban que las demandas para agricultura urbana amenazarían crecientemente sus intereses, todo lo cual terminó por conjugarse con rivalidades históricas fuertes entre el pueblo de Tarata y las comunidades rurales circundantes para causar un típico CpA entre usos actuales y nuevos.

conflictos con usos futuros no se limitan a los trasvases entre cuencas. La misma situación puede presentarse cuando un uso actual en un sector de una cuenca hará imposible otro uso potencial en otra área de ella, en especial cuando los beneficios del uso actual, como generación hidroeléctrica, ocurren a usuarios externos o lejanos, mientras que los costos e impactos son locales, como resultado de la imposibilidad de un uso futuro de esas aguas con beneficios para la zona aledaña.

2. Conflictos entre usuarios

Este tipo de CpA se centra en las características de los diferentes actores que comparten el recurso hídrico y sus intereses en competencia, siendo especialmente sensibles hoy los vinculados con empresas y grupos vulnerables, usuarios consuetudinarios y los formales o entre usuarios actuales y potenciales.

Un CpA típico de esta índole es el de la cuenca del río Tinguiririca, Chile, entre los regantes de la Primera Sección del río y la empresa Tinguiririca Energía, titular de centrales hidroeléctricas. El conflicto no se refiere tanto al uso del recurso como al comportamiento de los usuarios, pues la Junta de Vigilancia del río —que nuclea a los regantes— aducía que las centrales hidroeléctricas alteraban en forma sustancial el caudal natural del mismo, afectando el ejercicio de los derechos de agua de los agricultores aguas abajo. Según denunciaban los regantes, las centrales —pese a contar con autorizaciones de uso del agua como “de pasada” (que no permiten acumular el agua, sino que todo el caudal que ingresa a las obras de captación debe restituirse en forma inmediata al río)— embalsaban el agua para asegurar el suministro ante la baja del caudal del río en épocas de mayor demanda eléctrica, lo cual provocaba la reducción del caudal del río al mínimo y luego una liberación de golpe de su caudal, impidiendo la programación de los turnos de riego y la distribución del recurso entre los canalistas.

El CpA fue llevado a los tribunales por los regantes. La Corte Suprema de Chile admitió la demanda y determinó que el funcionamiento de ambas centrales hidroeléctricas de pasada atentaban contra el derecho de propiedad de los regantes debido a las constantes alzas y bajas del caudal del río. Por ello, ordenó a las empresas generadoras que cumplieran estrictamente con las condiciones técnicas en las que sus proyectos habían sido aprobados y respetaran los derechos de agua de terceros³. Es interesante notar que la autoridad nacional de aguas —Dirección General de Aguas (DGA)— venía reconociendo la alteración del caudal del río Tinguiririca por parte de las empresas hidroeléctricas, imponiendo sanciones a las mismas. Sin embargo, la lentitud de los procesos de fiscalización, la falta de efecto disuasivo de las sanciones, así como la limitada potestad de la DGA al respecto, habían puesto de manifiesto las deficiencias de la actual institucionalidad pública para evitar los CpA.

Otro actor recurrente de los CpA entre usuarios es el sector minero. Estas firmas, sea en etapa de exploración o explotación, se vuelven protagonistas de las disputas por dos grandes razones: primero, por la obtención —generalmente vía la asignación por parte del Estado, pero también en algunos casos por mecanismos de mercado o simplemente por hacer uso de “aguas del minero”— de derechos de explotación sobre fuentes de agua que venían siendo controladas y utilizadas —de jure o de facto, y normalmente con menor intensidad (menor uso consuntivo)— por la comunidad de la zona del proyecto, ocasionando con ello disputas relacionadas con la cantidad del recurso. Y en segundo lugar por la contaminación potencial, que aumenta exponencialmente la reacción de los afectados.

Los CpA que involucran a usuarios vinculados con la minería no siempre enfrentan, sin embargo, a grandes empresas con las poblaciones locales afectadas. En ocasiones, la denominada minería informal configura un problema ambiental y social de mucha mayor complejidad y gravedad que el anterior, debido a la dispersión espacial y dificultad para el control e identificación de los responsables. Pese a ello, y dando cuenta de la relevancia de los factores históricos y las prácticas culturales en este tipo de conflictos, se advierte una diferencia notable entre los CpA de la minería empresarial y la artesanal, pues las poblaciones locales normalmente no reaccionan ante esta última. Frecuentemente esta situación se debe a que la minería informal constituye parte de las actividades de subsistencia de la comunidad local,

³ La Corte Suprema ponderó especialmente que en los 50 años anteriores al conflicto siempre se había podido distribuir el caudal del río de acuerdo a los derechos de cada canalista sin mayores inconvenientes, incluso en épocas de sequía, en las cuales el río se somete al régimen de turnos. Ello demostraba la necesidad de un cambio de comportamiento de parte de las centrales, de modo de asegurar la compatibilidad de sus operaciones con los derechos de otros usuarios del río.

coincidiendo en muchos casos los protagonistas y los responsables. La cuestión en este punto es la debilidad de la política pública para hacer frente a los problemas ambientales y sociales que presenta la minería artesanal.

Los conflictos entre usuarios tradicionales —en especial, indígenas y campesinos— y actividades económicas, como minería y riego, suelen relacionarse con la debilidad de los sistemas de protección de los usos consuetudinarios. En general, las legislaciones priorizan la protección de los usos con derivación (extractivos) en desmedro de los que son sin derivación; es decir, aquellos usos *in situ* asociados al régimen natural de las aguas, tales como pesca, abrevadero o el uso de pastizales resultantes de la recurrencia de aguas. Cuando se analiza el otorgamiento de derechos para riego, minería, generación de energía o abastecimiento urbano, los usos consuetudinarios afectados no suelen ser debidamente considerados al momento de evaluar los proyectos ni mucho menos compensados. Muchos ordenamientos desconocen los usos consuetudinarios no apropiativos —aún cuando ellos poseen un rol central para la subsistencia de gran cantidad de grupos poblacionales— lo cual deriva en su desplazamiento por otros usos que cuentan con una consagración formal.

Cabe agregar que en la mayoría de los países de la región es común que una parte importante de los aprovechamientos se realice sin derechos ni permisos de uso (o descarga) regularizados ni inscritos en registro público alguno y cuyas características resultan difícil de constatar, y también que los usuarios no respeten las condiciones de extracción o vertimiento. Los derechos o permisos debidamente registrados normalmente se limitan a los usuarios más nuevos. Esa falta de identificación dificulta la protección de los derechos y usos, y es una importante fuente de los CpA.

En ese contexto de debilidad de la protección de los usos consuetudinarios, la problemática asociada a los derechos de las comunidades indígenas sobre sus territorios y los recursos naturales existentes en ellos atraviesa de forma transversal una cantidad significativa de los CpA (Schatz, 2010). Ese aspecto constituye uno de los puntos más sensibles de conflictividad y una pieza clave para comprender, prevenir y superar los CpA, pues presenta implicaciones cuantitativas muy significativas —al abarcar una cantidad notable de poblaciones y territorios en juego— así como también cualitativas —pues esos derechos asociados a la territorialidad indígena impactan de modo directo en la propiedad privada reconocida por los Estados— (véase el recuadro 1).

3. Conflictos con actores no usuarios

Los conflictos no sólo se producen entre quienes comparten el recurso; sino también frente a terceros, por razones diversas a la competencia directa entre usos. La primera fuente de este tipo de CpA son las intervenciones sobre una cuenca no vinculadas directamente al uso del agua, como extracción de áridos, deforestación o construcciones que afectan su capacidad natural para captar, retener, depurar, infiltrar, recargar, evacuar, transportar y distribuir agua en cantidad, calidad y oportunidad.

En un plano más general, también se producen estos CpA cuando se desplazan de la agenda pública las necesidades de conservación y gestión del recurso hídrico, por ejemplo con la priorización de otras erogaciones presupuestarias en desmedro de las necesarias para la gobernabilidad del agua.

Las políticas macroeconómicas que condicionan a persistir en modelos de desarrollo centrados en la producción de materias primas que comprometen la sustentabilidad del recurso pueden de igual modo encuadrarse aquí. También la falta de priorización de las inversiones necesarias para desarrollar fuentes de energía alternativas a las tradicionales, que ha llevado a la eclosión de la industria de los hidrocarburos no convencionales ante la falta de sustitutos a los combustibles fósiles, podría considerarse una tensión con los no usuarios.

Las políticas nacionales de energía y agricultura pueden tener un impacto profundo sobre los recursos hídricos, y vice versa. El desarrollo y el manejo del agua inciden sobre la economía y la sociedad a través de varias vías, tales como la migración, el crecimiento de las ciudades y los cambios en la composición de las actividades productivas (GWP, 2000). Por ello, los conflictos resultantes de esa interrelación entre políticas económicas y agua deben ser computados bajo esta categoría.

4. Conflictos intergeneracionales

Los conflictos intergeneracionales involucran la tensión entre las necesidades y preferencias de las generaciones actuales y la preservación del recurso como derecho de las generaciones futuras. Cabe observar que todo uso de agua conlleva un impacto futuro, por lo que el tema es si estos efectos son transitorios o permanentes, y en este último caso, cómo son manejados, compensados y mitigados.

RECUADRO 1 LA NOCIÓN DE TERRITORIALIDAD INDÍGENA Y EL PLUS DE PROTECCIÓN SOBRE LA PROPIEDAD CIVIL

Se entiende por territorialidad al modo de conceptualizar y de apropiar el espacio social en que se vive; se reflejan en ella las distintas formas de relación con la naturaleza instituidas por los grupos sociales que ocupan la tierra. El territorio es, desde esa perspectiva, una construcción social realizada en forma consciente por grupos humanos que objetivizan su relación con el ambiente a través de prácticas continuas. Se trata de una construcción colectiva, y su reflejo más patente es la presencia de una estructura social tradicional, bien definida, que habita el espacio mediante representaciones culturales, a partir de ritos asociados a la tierra, ordenando religiosamente su entorno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha destacado que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente de la simple posesión de un bien, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. De ese modo, la noción de territorialidad indígena juega hoy un rol clave en la resolución de CpA que involucran a comunidades indígenas, en la medida en que confiere un plus de protección a éstas últimas en caso de conflicto con derechos civiles de propiedad.

En efecto, la Corte IDH ha señalado que “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” y que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.

La consecuencia jurídica del reconocimiento de las particularidades del vínculo entre los pueblos indígenas y su entorno territorial es la imposibilidad de sustituir su goce por una indemnización en dinero, sustitución que sí es posible respecto de la propiedad civil. Como resultado, el reconocimiento de la protección convencional de la territorialidad indígena implica poner en cabeza de los Estados un deber de restitución de las tierras frente a cuya efectivización la propiedad de terceros es inoponible. El Estado no puede invocar el derecho de propiedad “civil” frente a los derechos territoriales de las comunidades y —consecuentemente— debe expropiar las tierras y restituirlas. Naturalmente, esto resulta extremadamente dificultoso en muchos casos, por ejemplo, cuando existen asentamientos poblacionales.

Lo cierto es que rige actualmente un deber estatal de priorizar, en términos generales, los derechos de los pueblos indígenas en casos de conflicto con derechos de propiedad de terceros. Ello es así por cuanto los primeros están vinculados a la supervivencia cultural y material de estos pueblos y deben adoptarse medidas positivas que permitan revertir las situaciones de discriminación que éstos han sufrido históricamente. Los terceros verán protegidos sus derechos con la justa compensación que les corresponde como consecuencia de la afectación a su derecho legítimo de propiedad en favor del derecho de propiedad comunal, pero la regla es la entrega de tierras a las comunidades.

Los desafíos prácticos de estos estándares son enormes. Por una parte, de acuerdo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, cuando el retorno a las tierras ocupadas no sea posible, el Estado no cumple su obligación indemnizando en dinero a las comunidades, sino que debe dárseles al menos la opción de entrega de tierras de calidad y condición jurídica similares, de modo que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Por otro lado, para la Corte IDH, el hecho de que las tierras reclamadas estén siendo explotadas productivamente no es una razón suficiente para negar el derecho a la propiedad y recuperación territorial de los pueblos indígenas y tribales, y es una justificación insuficiente para relevar al Estado de responsabilidad internacional. De igual manera, ni la posesión material ni la existencia de un título formal son requisitos que condicionan la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.

La consagración de la protección de la territorialidad indígena a nivel internacional constituye un factor decisivo en la resolución de los CpA que involucran a estos pueblos, en la medida en que los recursos hídricos son una pieza clave de esa relación con el entorno. En la resolución de los CpA con este tipo de usuarios el deber estatal de restitución puede transformarse en un factor desequilibrante en la medida en que entra en tensión en forma directa con los derechos de propiedad reconocidos por el Estado durante siglos, conduciendo a medidas de expropiación —y en ciertos casos de anulación— de permisos, concesiones y adjudicaciones de aquellas tierras que sean declaradas como propiedad de las comunidades. La escala del problema y la contundencia de los mandatos internacionales ponen de manifiesto la necesidad de un abordaje integral y comprometido de parte de los gobiernos que posibilite canales de diálogo eficaces.

Fuente: Bello (2004); Damonte (2011).

Una muestra de la incidencia de la equidad intergeneracional se advierte en el caso del proyecto Pascua Lama, un emprendimiento de minería de oro a cielo abierto de gran envergadura en la cordillera de Los Andes, en la frontera entre Chile y la Argentina. En 2010, una ley federal de la Argentina estableció las normas mínimas de protección de glaciares y áreas peri-glaciares en todo el país,

restringiendo e incluso prohibiendo las actividades mineras en esas zonas. La aplicación de esas restricciones a Pascua Lama —por la presencia de glaciares en el área afectada— generó un conflicto entre el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo y la provincia de San Juan que terminó en los tribunales. Pocos días después de su entrada en vigor, un juez federal de San Juan —a solicitud de la empresa a cargo del proyecto— suspendió la aplicación de la ley argumentando que la prohibición de la minería en áreas glaciares y peri-glaciares violaba el derecho constitucional de las provincias a controlar sus recursos naturales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) revocó la medida que frenaba la aplicación de la ley y cuestionó duramente sus fundamentos. Sostuvo que no era posible todavía afirmar efectos irreparables para la empresa como resultado de la aplicación de la ley, pues su impacto en la viabilidad del emprendimiento sólo se conocería una vez que se hubiera llevado a cabo el inventario de glaciares y se conocieran con exactitud las áreas protegidas por ella.

En el lado chileno, la Corte de Apelaciones de Copiapó hizo lugar al recurso de protección de una Comunidad Indígena Diaguita y mantuvo paralizada la construcción del proyecto minero hasta que se adoptaran todas las medidas necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas. Los peticionantes indicaron que el proyecto estaba dañando varios glaciares como producto de la falta de implementación de las medidas consignadas en la autorización ambiental, que imponía el deber de desarrollar las labores mineras sin producir remoción, traslado, destrucción o cualquier otra intervención física sobre los glaciares. Agregaron que ese proceder lesionaba sus derechos, pues afectaba las fuentes hídricas contenidas en las masas glaciares que alimentan los cursos de agua de los que se abastecen para desarrollar sus actividades agrícolas, recreativas y formas de vida ancestral.

El caso de Pascua Lama es una muestra clara de las tensiones que conlleva la imposición de restricciones a grandes inversiones con fundamento en la necesidad de preservar los recursos hídricos y proteger las funciones o los servicios ecosistémicos de las cuencas. Si bien esos proyectos pueden reportar beneficios importantes a las generaciones actuales desde la perspectiva del aumento de ingresos fiscales, empleo y actividad económica, también conllevan riesgos asociados a la preservación de los recursos que comprometen el acceso de las generaciones venideras a ellos. Los grupos beneficiados y perjudicados no coinciden en el tiempo y muchas veces en el espacio.

Los conflictos intergeneracionales vinculados a los grandes emprendimientos se ven agravados por un factor clave: la sujeción de esos proyectos a los regímenes internacionales de protección de las inversiones extranjeras (véase el recuadro 2). En efecto, las generaciones futuras se ven doblemente afectadas por el desenlace de este tipo de CpA, pues a las implicaciones ambientales se adicionan las consecuencias económicas de condenas arbitrales derivadas de la decisión gubernamental de dejar sin efecto, condicionar o anular ciertas autorizaciones de explotación. A ello se suma el enfriamiento regulatorio, que es la inhibición que sufren las agencias estatales para mejorar la regulación por temor a consecuencias legales (Bohoslavsky, 2010; Bohoslavsky y Justo, 2011), con la consiguiente dificultad para la adecuación de normas a condiciones económicas, sociales y ambientales cambiantes, al nuevo conocimiento y a los valores de la sociedad.

El proyecto minero El Dorado, en El Salvador, es una muestra de lo anterior. En 2009, el gobierno hizo eco de las diferentes protestas sociales y denegó un permiso de explotación a la empresa minera quién demandó ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) al país por 315 millones de dólares por supuestas pérdidas al no haber recibido permiso para explotar la mina de oro. Actualmente el caso se encuentra en trámite ante un panel arbitral internacional. Una situación similar se produjo con el proyecto minero Crucitas en Costa Rica, donde el permiso ambiental para una mina de oro —que inicialmente había sido declarada por el gobierno como de interés público y conveniencia nacional— fue anulado por las cortes domésticas. La empresa a cargo del proyecto informó recientemente el inicio de un reclamo arbitral por esos hechos.

5. Conflictos interjurisdiccionales

Este tipo de CpA refleja la tensión entre los objetivos y competencias de las diferentes divisiones político-administrativas, como resultado de su falta de correspondencia con los límites físicos o territoriales de las cuencas y los problemas de fragmentación y falta de coordinación que ello trae aparejado. Los CpA interjurisdiccionales se pueden dar tanto entre países como entre municipios,

estados, regiones y provincias que comparten una misma cuenca y que —consecuentemente— compiten por un recurso escaso y por la transferencia de las externalidades o impactos negativos de la intervención humana sobre él. La interjurisdiccionalidad de los recursos naturales obra en muchos casos como causa o condición predisponente para la configuración de conflictos, ya sea como causa principal o como factor complejizador (Schatz, 2010). Un aspecto a considerar es que efectivamente hay conflictos entre jurisdicciones que tienen dominio sobre las aguas (como Provincias en la Argentina), que se asemejan mucho a conflictos en relación con aguas transfronterizas entre países y, por el otro lado, conflictos entre unidades territoriales o administrativas (como municipios) que no tienen ese dominio, pero que perciben al recurso —quizás por su cercanía— como propio.

RECUADRO 2 LOS CONFLICTOS POR EL AGUA Y EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

En el caso Bayview Irrigation District y otros contra México, de 2007, un grupo de propietarios de establecimientos agrícolas ubicados en el estado de Texas (Estados Unidos) demandó a México ante un panel arbitral del CIADI aduciendo que la decisión de ese país de desviar aguas del Río Bravo/Río Grande constituía una violación de sus derechos bajo el Tratado de Libre Comercio entre México y Estados Unidos.

Los reclamantes aducían que el agua que transitaba desde México hasta sus campos era de su propiedad, pues de acuerdo a un tratado de 1944 entre los dos países, México había renunciado a una cuota de agua de los ríos transfronterizos para su uso en Texas. Invocaban, así, derechos sobre el agua transferidos desde México hacia los Estados Unidos y después de este último hacia ellos mediante la constitución de derechos de propiedad bajo la legislación interna estadounidense. De ese modo, cuando México desviaba las aguas —aún dentro de su territorio— estaba afectando la inversión realizada en la adquisición de esos derechos de agua para regar los campos.

El tribunal arbitral consideró que los demandantes no eran inversores extranjeros en México, presupuesto esencial de aplicación del tratado bilateral de protección de las inversiones. Sostuvo que ellos eran inversores nacionales en Texas. El hecho de que una empresa dependa económicamente del suministro de bienes —en este caso agua— de otro Estado, no es suficiente para que se considere a dicha empresa dependiente, como un inversionista en ese otro Estado.

El Tribunal rechazó también que los demandantes fueran propietarios de agua en México, en el sentido de derechos personales de propiedad con respecto a las aguas de ríos que fluyen en territorio mexicano. Explicó, así, que el titular de un derecho otorgado por el Estado de Texas de extraer determinado volumen de agua del Río Bravo/Río Grande no es su “propietario”. Concluyó que mientras el agua está en territorio mexicano pertenece a México, aún cuando éste pueda verse obligado a entregar determinado volumen de ella en el río para que lo extraigan nacionales de Estados Unidos.

Lo relevante de este caso pasa por el intento de someter la gestión del agua al derecho de inversiones extranjeras. La posibilidad de que proliferen reclamos asociados al uso del agua bajo el marco de los sistemas internacionales de protección de las inversiones plantea enormes desafíos para la temática de los CpA, en especial por los potenciales desequilibrios que podría generar el hecho de tratar al agua como una inversión sin tomar en cuenta su rol social, ecológico y geopolítico. Tanto la limitación o privación de derechos de uso del recurso a un inversor extranjero resultantes de una determinada política de resolución de un CpA, como la afectación de un emprendimiento de su propiedad por una medida de conservación del agua, podrían quedar enteramente sustraídas de la esfera nacional si fueran admitidos como objeto de un reclamo bajo el CIADI.

Fuente: Bohoslavsky (2010); Bohoslavsky y Justo (2011).

La posibilidad de surgimiento de un CpA de este tipo presenta una especial gravitación en el caso de recursos compartidos entre países, debido a las insuficiencias que en muchos casos presenta el derecho internacional, ya sea por la ausencia de instrumentos que establezcan las reglas sustanciales y procedimentales para evitar los conflictos o por la dificultad para hacer exigibles las decisiones. También los Estados federales son terreno propicio para los CpA de esta clase, como consecuencia de la menor capacidad de intervención de una autoridad central que fije criterios homogéneos. En ambos casos, es clave contar con reglas sustantivas y mecanismos procedimentales de decisión, en especial aquellos relacionados con el uso equitativo y la prohibición de ocasionar un perjuicio apreciable (Solanes y Jouravlev, 2005).

Una muestra de este tipo de diferendos se observa en el conflicto que mantienen en la Argentina las provincias de La Pampa y Mendoza por la utilización del río Atuel. En 1987, la CSJN resolvió el reclamo iniciado por La Pampa aduciendo una utilización abusiva del recurso aguas arriba por parte de Mendoza. En esa oportunidad, el tribunal recurrió para la resolución del diferendo a la aplicación analógica del derecho internacional en función del carácter interjurisdiccional del río. La CSJN declaró que el río era un recurso compartido, pero desestimó la acción posesoria presentada por La Pampa rechazando la regulación conjunta por entender que Mendoza —a quién se reconocía un uso previo al de La Pampa— tenía derecho a mantener sus usos consuntivos actuales. Sin embargo, exhortó a las partes a

celebrar convenios tendientes a lograr una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas asociados con el ahorro de agua y la expansión de las superficies bajo riego.

En el Perú, la construcción de la Represa de Angostura y la ejecución del Proyecto Majes Siguan II sobre el río Apurímac enfrentó a las regiones de Arequipa y Cusco por los supuestos efectos adversos que el mismo produciría sobre comunidades de la segunda. En 2008, el Gobierno Regional de Cusco demandó al de Arequipa y a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), solicitando el cese de la amenaza de violación de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo socioeconómico y al medio ambiente de los habitantes de la Provincia de Espinar (Cusco), que a su juicio se consumaría con el solo inicio de las acciones destinadas a la construcción de la Represa de Angostura y la ejecución del proyecto. Posteriormente, el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Espinar también inició acciones judiciales para que se dejara sin efecto la declaración de viabilidad de la represa, se realizara un nuevo estudio de balance hídrico y se consultara a las comunidades campesinas que resultarían afectadas con la ejecución del mismo, como también a los pobladores de la provincia de Espinar.

En 2011, el Tribunal Constitucional del Perú compartió los cuestionamientos al estudio de balance hídrico y ordenó la realización de un nuevo y definitivo informe técnico que debería ser elaborado inmediatamente con participación de las tres partes: Gobierno Nacional, Gobierno Regional de Cusco y Gobierno Regional de Arequipa. El resultado del referido estudio podría ser sometido a la opinión técnica de una institución internacional de reconocida solvencia en la materia si es que los tres involucrados así lo decidían y lo establecido en él sería concluyente, inobjetable e irrecurrible⁴. En 2013, el Tribunal dio por concluido el litigio con la presentación del informe realizado por la Autoridad Nacional del Agua (ANA), que se expidió por la viabilidad del proyecto. Inicialmente Cusco y Espinar rechazaron los resultados, aunque la primera ha flexibilizado su posición. Por su parte, el Alcalde de Espinar ratificó su rechazo y dijo que interpondría una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra la decisión del organismo constitucional.

En México, la Suprema Corte de Justicia invalidó la resolución adoptada por la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal que establecía las condiciones para la recarga del acuífero de la zona metropolitana de la Ciudad de México mediante inyección directa de agua residual tratada. El objetivo de la medida era solucionar el problema de desabastecimiento del agua producto del agotamiento del acuífero. Sin embargo, el tribunal entendió que las autoridades del Distrito Federal se habían excedido en sus competencias, pues de acuerdo a la Constitución y la Ley de Aguas Nacionales, los aspectos relacionados con la regulación de los acuíferos correspondían al Poder Ejecutivo federal. Sostuvo que si bien el Gobierno del Distrito Federal, como concesionario, tenía a su cargo actividades importantes respecto de las aguas nacionales que se le han asignado, no podía ir más allá de esas atribuciones y establecer un procedimiento de recarga por inyección directa al acuífero. La Corte aclaró que no desconocía que efectivamente el problema del aprovechamiento y abastecimiento del agua es uno de los más graves para esa zona, pero ello no podía justificar que las autoridades actuaran fuera de su ámbito competencial e invadieran las facultades de alguna otra, pues precisamente uno de los aspectos del orden constitucional es la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno.

⁴ El Tribunal Constitucional destacó aspectos relevantes sobre los CpA, en especial en lo relativo a su elemento formal. Subrayó que la intervención de la justicia constitucional en el caso apuntaba a encontrar mecanismos de protección de los derechos básicos de los ciudadanos de Espinar y de Cusco, sin que para ello fuera necesario la “toma de carreteras”, el “cierre de vías”, los daños a la propiedad pública o privada, o a la integridad física o la vida de los ciudadanos. Según explica la sentencia, el poder jurisdiccional del Estado está concebido, diseñado, instituido e implementado para resolver conflictos e incertidumbres jurídicas de modo racional y objetivo y en función de ello se encuentra vedado que los conflictos sean solucionados “por mano propia”, resultando imperativo recurrir a los mecanismos institucionalizados para tal efecto. En esa línea, resaltó que si bien la posición u opinión de cada ciudadano de Cusco y Arequipa, la de determinadas organizaciones que los representan (Comités de Lucha, Frentes de Defensa, etc.) o incluso la de las municipalidades comprometidas en el caso, tenían la mayor relevancia en la toma de decisiones por parte del Gobierno nacional o de los gobiernos regionales, eran éstos tres últimos quienes tenían asignada la competencia para actuar en representación de los aludidos ciudadanos u organizaciones. Por ello, sólo los tres gobiernos designarían —mediante los procedimientos internos que correspondieran— los representantes técnicos que participarían en la realización del nuevo balance hídrico por parte de la ANA.

6. Conflictos institucionales

Los conflictos institucionales ponen de manifiesto las disputas entre los diferentes actores públicos y privados cuyos ámbitos de actuación impactan en la gestión y el aprovechamiento del agua. A nivel gubernamental se plasman en la falta de coordinación entre las autoridades de agua y las áreas encargadas de obras de infraestructura, medio ambiente, ordenamiento territorial, planificación, generación de energía, servicios de agua potable, agricultura y otros sectores. En el plano privado, se relaciona con el surgimiento de intereses sectoriales y grupos de presión. La intervención de múltiples actores institucionales en el análisis, aprobación y supervisión de los proyectos que impactan en los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados, es una de las principales fuentes de inconsistencias gubernamentales, que son campo especialmente propicio para el surgimiento de CpA.

B. Paradigmas

Los paradigmas que enmarcan las posiciones de los sujetos que intervienen en los CpA, expresan las diversas dimensiones del desarrollo sustentable o de los usos del agua —económica, ambiental y social o cultural— que en la mayoría de los casos, se presentan entrelazadas y no de manera pura. Consecuentemente, los paradigmas son el económico, centrado en el papel productivo del recurso; el ambiental, con creciente desarrollo a partir de la detección de las consecuencias adversas del primero y centrado en la faceta ecológica de la relación de la comunidad con el agua; y el social, focalizado en la necesidad de satisfacción de las necesidades básicas del ser humano (como acceso a los servicios de agua potable y saneamiento).

1. Paradigma económico

Por paradigma económico se entiende la consideración preponderante de la faceta económica del agua por parte de la legislación, su concepción unidimensional como factor o insumo de los procesos de producción de bienes y servicios; es decir, como recurso productivo o económico (Martín, 2010). Esta visión hace hincapié en el aprovechamiento del recurso y por ende tiene como eje la obtención de derechos sobre el agua, esto es, títulos jurídicos para la utilización de un determinado caudal de agua de cierta calidad en cierto período de tiempo en un proceso de la producción.

El paradigma económico enmarcó el diseño de la legislación sobre aguas en muchos países de la región durante el siglo XIX y gran parte del XX. Ello dio lugar a un régimen regulatorio estructurado desde el enfoque dominial, que dividía entre las aguas públicas de propiedad del Estado, cuyo aprovechamiento mediante usos especiales era concedido administrativamente por éste, y las privadas de propiedad de los particulares, que eran aquellas que no se consideraban claves para el bienestar general. Las leyes de agua tenían, en ese contexto, una función estratégica: brindar seguridad a los titulares de derechos (licencias, concesiones, permisos, etc.) de uso del agua y coordinar administrativamente sus diferentes aprovechamientos, pero privilegiando siempre el uso económico de los recursos naturales mediante derechos de propiedad, aún a expensas de sus funciones ambiental y social.

El acento en la faceta productiva fue el signo característico de la época de gestación de la legislación hídrica. La doctrina individualista predominante proponía al titular del dominio como el “sujeto virtuoso” con base en el cual debía construirse la nueva institucionalidad. La naturaleza era uno más de los objetos susceptibles de apropiación por parte de aquél. Además, era vista como un conjunto de elementos separables, reducidos y no integrados (agua, tierra, vegetación, etc.).

En esa visión mercantilizada de los recursos naturales subyacía la idea de que el otorgamiento de derechos de propiedad cumplía un rol civilizatorio que permitiría a la humanidad pasar de un estadio evolutivo primitivo —marcado por la propiedad colectiva de los pueblos indígenas— a uno superior centrado en el comercio de bienes. La existencia de derechos exclusivos para la explotación de los recursos naturales expresaba el máximo nivel evolutivo, pues permitía reordenar los incentivos de modo de inducir eficiencia y con ello avanzar en el desarrollo de la sociedad (Purdy, 2007). Por el contrario, la ausencia de esos incentivos —protección de derechos individuales para la explotación de los recursos— se advertía como un impedimento al progreso propio de sociedades primitivas (Ostrom y Hess, 2007).

En ese marco, y en tanto la presencia de derechos exclusivos de uso sobre los recursos era el gran motor del desarrollo, la evolución del régimen jurídico de utilización de las aguas se centró en la búsqueda constante de instrumentos para dotar de seguridad y mayor garantía a los derechos privativos de los particulares sobre las aguas públicas. El aseguramiento de estos derechos fue, si no el principal, uno de los más importantes objetivos que tuvieron en miras las leyes decimonónicas de aguas y las categorías y construcciones teóricas más importantes de aquel régimen.

Como resultado de lo anterior, el objeto central de los CpA en este paradigma se relaciona con el otorgamiento a los particulares de derechos de uso del agua pública con el fin excluyente de maximizar la capacidad económica de los sujetos como modo de conseguir el desarrollo socioeconómico general. Dentro de ese esquema, el uso especial, privativo, exclusivo o diferencial aparece como la noción protagónica, al incluir utilidades tales como abastecimiento poblacional, riego, industria, hidroelectricidad, minería y actividades agropecuarias. La importancia de estos destinos genera la necesidad de contar con un título administrativo especial, consistente normalmente en una concesión o permiso que, sin llegar a ser calificable como propiedad privada en sentido estricto, posee una fuerte protección jurídica. En esa concepción, tanto el aspecto ambiental como el social se veían desplazados del análisis y por lo tanto la sustentabilidad en el uso no resultaba una pauta primordial del sistema, en especial porque la abundancia de los recursos invisibilizaba los problemas de agotamiento y existía poco conocimiento científico sobre los impactos de la actividad humana.

2. Paradigma ambiental

La consideración del agua como recurso natural y su consiguiente deber de preservación obligaron a superar la visión unidimensional que la concebía como un mero objeto del cual había que extraer el máximo beneficio económico, abriendo paso a la aplicación de un catálogo de principios encaminados a evitar la destrucción de los ecosistemas por la intervención antrópica. Entre ellos se destacan los de prevención, precaución, equidad intergeneracional, responsabilidad, sustentabilidad y cooperación.

El cambio es fundamental. Mientras el paradigma económico se caracteriza por presuponer la intervención en el recurso —haciendo que los CpA dentro de él giren en torno al reparto de los beneficios asociados a esa injerencia— el paradigma ambiental se centra en los límites y la sustentabilidad de esa intervención y por ello suele enmarcar las resistencias contra pretensiones de corte económico-productivo. El eje de los CpA bajo el paradigma económico es el aprovechamiento del agua y la competencia por obtener derechos para ello, mientras que las iniciativas ambientales plantean las barreras frente a esa explotación, ambos con o sin consideración de las demandas del paradigma social.

3. Paradigma social

Las necesidades básicas para el consumo humano son contempladas por la mayoría de las legislaciones desde antaño a través del instituto del uso común de las aguas y la prioridad conferida al uso especial de abastecimiento poblacional. Sin embargo, en la práctica, tales mecanismos han resultado insuficientes para garantizar a grandes sectores de la población el acceso a las cantidades mínimas de agua necesarias para el desarrollo de una vida digna. El paradigma social también tiene una dimensión económica, que se relaciona principalmente con la defensa por parte de las comunidades locales e indígenas de sus modelos productivos y propuestas de desarrollo económico.

La dimensión social de los CpA se encuentra representada en la actualidad por el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento (DHAS), que consagra —con la máxima jerarquía a nivel internacional— la prioridad absoluta de los usos de subsistencia para abastecimiento humano frente a todos los demás destinos (particularmente los especiales, privativos o exclusivos que representan el paradigma económico) (Justo, 2013). Dentro de este paradigma pueden incluirse las reivindicaciones del agua como factor de igualdad social, algunos reclamos indígenas, la pequeña agricultura, etc.

El dato característico de la perspectiva social está dado, entre otros, por el impacto que producen en la gestión de los recursos hídricos las exigencias de disponibilidad, calidad y accesibilidad al agua, que conforman el contenido esencial del DHAS. De acuerdo al régimen internacional de ese derecho, en todos los casos, tanto el suministro de agua para consumo personal y usos tradicionales relacionados con

la subsistencia como la recogida y eliminación de excrementos, se deben respetar determinados parámetros de disponibilidad, calidad y accesibilidad física, económica e informativa (Justo, 2013), cuya satisfacción en cada caso genera importantes obligaciones en cabeza del Estado.

Otra muestra clara de los desafíos asociados a esta mirada se observa en la iniciativa global de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), un compromiso de 189 países explicitado en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas para promover —a través de la consecución de una serie de metas— la lucha contra la pobreza, la protección de las libertades y el fomento de sociedades más inclusivas a través de una alianza mundial entre países desarrollados y los en vías de desarrollo⁵.

El paradigma social normalmente se enfrenta con las demandas del paradigma económico, pero también tensiona con el ambiental, en especial por el impacto que la ampliación de las coberturas de agua potable y saneamiento puede tener en las condiciones o los caudales ecológicos de las fuentes de agua.

C. Elementos

Los elementos que caracterizan los CpA se dividen en objeto, sujetos y formas.

1. Objeto

Se relaciona con las aspiraciones sobre el recurso que esgrimen los actores en conflicto. Ellas pueden ser divididas en pretensión y resistencia.

a) Pretensión

Es la posición de quien intenta modificar un determinado *status quo* de distribución o aprovechamiento del recurso hídrico. La pretensión suele estar asociada a la afirmación de un derecho sobre la fuente del agua y la consiguiente obligación de los terceros a respetar su ejercicio. Dicho de otro modo, involucra la autoatribución de un título sobre el recurso por parte de un sujeto. Por ejemplo, ingresan en esta categoría los proyectos agrícolas, mineros o de infraestructura que conllevan una modificación de la cantidad, calidad o disponibilidad del agua. Cuando una empresa requiere autorización estatal para la utilización de un determinado caudal de agua, o bien cuando realiza actividades que impactan en su fuente, ejerce una pretensión que puede originar un CpA.

Vale aclarar que no todas las pretensiones son de corte económico. En efecto, existe una cantidad creciente de planteos ambientales que procuran modificar determinados esquemas de aprovechamiento de los recursos, en especial mediante la prohibición de prácticas o la intensificación de regulaciones, por considerar que los actualmente vigentes resultan negativos para el ambiente. Lo mismo sucede con los movimientos sociales que reclaman una nueva distribución de los derechos sobre las aguas.

b) Resistencia

La resistencia expresa la oposición a la pretensión. Tal es el caso de los pobladores que se enfrentan al desarrollo de proyectos productivos por considerar que afectarán la calidad, cantidad o disponibilidad de agua que les corresponde o sus otros derechos e intereses. En América Latina y el Caribe, los CpA están fuertemente ligados a cuestiones sociales relativas a la desigualdad y por ello implican disputas más profundas que el acceso al agua en sí mismo. En muchos casos, subyacen en las resistencias demandas de participación en los procesos de toma de decisiones que afectan a las comunidades, reconocimiento de las necesidades y particularidades de cada grupo social y distribución de los beneficios, costos y externalidades del aprovechamiento. Estos aspectos generalmente trascienden a la relación con los recursos hídricos y se vinculan con la reconfiguración de las relaciones sociales y económicas. De igual

⁵ El ODM 7.c insta a la comunidad internacional a reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que en 1990 no tenían acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento. En la nueva etapa post 2015, se está proyectando fijar una nueva meta consistente en: a) lograr el acceso universal al agua potable segura; b) alcanzar el saneamiento y la higiene adecuada para todos; c) mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación; d) mejorar la eficiencia del uso del agua en todos los sectores y llevar extracciones de agua dulce en línea con la sustentabilidad; e) implementar la gestión integrada de los recursos hídricos en todos los niveles; f) disminuir la mortalidad y pérdidas causadas por desastres relacionados con el agua; g) ampliar la cooperación internacional y el apoyo en el agua y tecnologías de saneamiento relacionadas.

modo, muchas veces las resistencias hacen hincapié en la insuficiencia o ineficacia de los mecanismos institucionales para proteger sus intereses.

Las pretensiones o resistencias que constituyen el objeto del CpA pueden darse dentro de un mismo paradigma o provenir de diferentes clases o de una combinación de ellos. El encuadre de cada una de ellas en un paradigma depende del interés predominante esgrimido por sus titulares. Consecuentemente, pueden existir pretensiones y resistencias de corte económico, ambiental y social, lo cual da lugar a diferentes escenarios de conflicto.

La heterogeneidad de situaciones demuestra que las alianzas no son siempre lineales y los paradigmas se entremezclan y combinan en defensa de las posiciones. En un conflicto tipo, el paradigma económico se encuentra normalmente enfrentado al ambiental o al social. Sin embargo, determinados sectores económico-productivos pueden aparecer ocasionalmente aliados al paradigma ambientalista frente a otros intereses económicos, como ocurre a veces entre agricultura y defensa del ambiente frente a la minería. De igual manera, determinados actores económicos pueden trabar alianza con reclamos enmarcados en un paradigma social frente a la pretensión ambientalista, como ocurre en ocasiones con la minería, los trabajadores y sectores de la población local cuyo sustento depende directa o indirectamente de la actividad frente a un reclamo ambientalista puro.

Paralelamente, los CpA suelen ser conflictos distributivos, sea de derechos de acceso a los recursos o de externalidades. Mientras que los paradigmas económico y social engloban conflictos donde se discuten los derechos de uso con finalidades diversas, en el ambiental se traslucen las disputas sobre los límites de la intervención en el recurso y sobre quién debe asumir y en qué medida las externalidades asociadas a ello. Desde esa perspectiva, el objeto de los CpA puede referir a: i) distribución de derechos sobre el recurso hídrico, cuando se trata de determinar el reparto en el acceso a una determinada calidad, cantidad y oportunidad de agua; y ii) distribución de externalidades, cuando se relaciona con la definición de quién soportará los efectos adversos de una intervención o quién aprovechará sus ventajas.

2. Sujetos

Alude a los actores que intervienen en el conflicto esgrimiendo o adhiriendo a las diferentes posiciones. Los sujetos necesarios se encuentran directamente involucrados en el conflicto, al titularizar las posiciones contrapuestas sobre el recurso (pretensión y resistencia), mientras que los sujetos eventuales son las partes cuya presencia no resulta insoslayable para que podamos calificar al caso como un CpA. Estos últimos adhieren a las posturas de los sujetos esenciales y suelen adquirir un gran peso en la definición del asunto.

- Sujetos necesarios o principales son aquellos actores sin cuya presencia no se configura el CpA. En tanto éste supone el enfrentamiento de una pretensión sobre el recurso hídrico con su resistencia, son esenciales: i) titular de la pretensión, aquel que procura intervenir de algún modo en el recurso, modificando la situación en relación a la distribución de su cantidad, calidad u oportunidad; y ii) titular de la resistencia, quien se opone a la pretensión, procurando el mantenimiento de la situación existente.
- Sujetos eventuales o terceros son quienes adhieren a las posturas de los sujetos esenciales o se ven afectados por ellas. En este campo se destacan las organizaciones no gubernamentales, corporaciones, entidades públicas y movimientos sociales, pero también involucra a los sujetos que experimentarán los efectos del CpA y su resolución.

Es crucial tener siempre presente la complejidad inherente a los CpA, tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos. En la mayoría de los casos hay más de un objeto perseguido por los sujetos, tanto necesarios como eventuales, muchas veces no explicitados y no necesariamente relacionados en forma directa con el agua, lo que hace que la detección del núcleo del problema —primer paso para su solución— sea especialmente difícil.

3. Formas

Se refieren a los modos y procesos bajo los cuales se desenvuelve el conflicto: i) autodefensa, cuando la pretensión o la resistencia son ejercidas en forma directa por sus titulares, en general mediante vías de hecho y sin recurso a terceros; ii) autocomposición, cuando los sujetos desarrollan esquema de diálogo y negociación tendientes a la superación autorregulada del diferendo; y iii) heterocomposición, cuando los sujetos recurren a un tercero para la resolución del conflicto. Es importante hacer énfasis que los CpA requieren de mecanismos de justiciabilidad de los derechos de las partes para que su resolución sea efectiva, en particular para frenar abusos y cuando hay escenarios de colisión de derechos. En ese marco, los tribunales cumplen un rol fundamental y constituyen una pieza clave en la estructura democrática.

Un ejemplo de aplicación del marco teórico de los CpA se presenta en el recuadro 3.

RECUADRO 3 EJEMPLO DE APLICACIÓN DEL MARCO TEÓRICO DE LOS CONFLICTOS POR EL AGUA

En Chile, el Grupo de Acción por el BioBio (GABB) interpuso una acción judicial encaminada a paralizar la construcción de la represa Pangué. Plantearon que ella “consumiría” temporalmente parte de las aguas al acumularlas en su embalse, pese a que lo que le habían otorgado era un uso no consuntivo. Ello vulneraría los derechos de agua de los regantes ubicados aguas abajo de la represa. GABB señaló que la forma de operar de la central implicaba secar el cauce del río en más de 14 kilómetros por un lapso de más de 20 horas diarias, lo que se traduciría en 150 días en que los habitantes de la comunidad pehuenche de Callaqui no podrían regar sus tierras, como tampoco tendrían agua para su consumo. Además, perderían sus tierras por la inundación que se producirá por la represa. Por otra parte, los habitantes urbanos, que consumen agua potable del río, verían amenazado su derecho a la vida por la contaminación de las aguas, debido a que la disminución del caudal llevaría a una mayor concentración de contaminantes. Adujo también que las obras amenazarían el derecho de propiedad tanto en lo referente al aprovechamiento de las aguas por los canalistas, debido a la disminución del caudal del río, cuanto en lo relacionado con los predios ribereños que quedarán expuestos a la erosión de las riberas por el efecto abrasivo de los golpes de agua.

Por el contrario, la empresa sostuvo que, siendo el uso de las aguas no consuntivo, éstas se restituirían a su cauce sin sufrir detrimento o degradación, una vez empleadas, que en ninguna época del año el río experimentaría una disminución significativa que ponga en peligro las comunidades existentes y que no existían riesgos de contaminación. El flujo de las aguas no disminuiría durante el llenado del embalse ni después. El cauce del río seguiría sin alteraciones significativas para quienes tengan derechos de aprovechamiento aguas abajo de la represa.

La Corte de Apelaciones de Concepción acogió la argumentación del GABB. Sostuvo que el derecho de los canalistas se vería afectado, pues habrían períodos tanto durante la construcción como en el funcionamiento de la central, en que el caudal del río aguas abajo de la presa, sufriría disminución notoria de su cauce, afectando gravemente los derechos de los regantes y produciendo erosión de las riberas al momento de la liberación de las aguas del embalse.

La empresa hidroeléctrica apeló, indicando que la central no interrumpiría el flujo del río y que, por lo mismo, no restringiría el derecho de los canalistas a usar el agua ni aumentaría la concentración de contaminantes. Las principales razones esgrimidas en la apelación fueron que sería imposible que la central consumiera las aguas, pues hacerlas desaparecer implicaría la imposibilidad de usar la fuerza de las mismas y que no existía prueba que implique que en el funcionamiento de la central se producirá el efecto de secar el río.

La Corte Suprema hizo lugar a la apelación, señalando que ya no era tiempo de hacer observaciones al diseño de la central, única forma aparente de solucionar el problema. El fallo argumentó que ninguna de las consecuencias negativas que se atribuye a la operación de la central “fue invocada durante la tramitación de la solicitud de autorización de construcción de las obras”. El fallo precisa que se trata de una central “de punta” y que el derecho de uso no consuntivo permite la captación y acumulación de aguas para generar energía hidroeléctrica sin una amenaza cierta o peligro inminente para el medio ambiente, ni respeto de las garantías constitucionales de derecho a la vida y derechos de propiedad. En todo caso, aclaró el tribunal que si durante la operación de la central la empresa incurre en transgresiones de las obligaciones concernientes al uso de las aguas, los afectados tendrían abierta la vía constitucional del reclamo.

Aplicación del marco teórico de los CpA a este caso:

Concepto y tipología:	Conflicto entre usos
Paradigma:	Económico (entrelazado con las dimensiones ambiental y social)
Objeto principal:	Distribución de derechos sobre el recurso hídrico
Pretensión:	Derechos de agua (disponibilidad temporal para represa)
Resistencia:	Derechos de agua (disponibilidad temporal para riego)
Titular de la pretensión (sujeto necesario):	Empresa generadora
Titular de la resistencia (sujeto necesario):	Regantes
Sujeto eventual:	Organizaciones no gubernamentales, municipios, Estado
Forma:	Heterocomposición (litigio judicial)

Fuente: Elaboración propia.

II. Las deficiencias de los sistemas de gobernabilidad del agua

En esta sección se examinan las principales debilidades que los sistemas de gobernabilidad de los recursos hídricos presentan de cara a la prevención y resolución de los CpA.

A. Débil gobernabilidad de los recursos hídricos

El concepto de gobernabilidad aplicado al agua se refiere a la capacidad social de movilizar energías en forma coherente para el desarrollo sustentable de los recursos hídricos (Rogers, 2002). Ello incluye la capacidad de diseñar políticas públicas de desarrollo sustentable que sean socialmente aceptadas y de hacer efectiva su implementación por los diferentes actores, para lo cual es clave: i) el grado de acuerdo social respecto de la naturaleza de la relación entre el agua y la sociedad; ii) la existencia de consensos sobre las bases de las políticas públicas que expresan dicha relación; y iii) la disponibilidad de sistemas de gestión que posibiliten efectivamente, en un marco de sustentabilidad, la implementación y seguimiento de las políticas (Peña y Solanes, 2003).

Los nuevos modelos de crecimiento no terminan aún de perfilarse con claridad, pero lo cierto es que el mantenimiento de los niveles de distribución alcanzados reposa en buena medida sobre la renta generada por la explotación intensiva de recursos naturales e industrias extractivas. Esto entra no sólo en conflicto con las necesidades de la protección ambiental, sino en varios casos con los intereses de las poblaciones locales, en especial rurales o indígenas. Los CpA son, en este sentido, una clara expresión de las tensiones internas que genera un modelo de desarrollo socioeconómico que es extremadamente dependiente de los recursos naturales (Bértola y Ocampo, 2013). En varios casos, este modelo de desarrollo se traduce en la aprobación de proyectos que generan los CpA (Dourojeanni y Jouravlev, 2002).

En esa línea, la OCDE (2012) sintetiza las brechas de gobernabilidad multinivel que pueden dificultar la coordinación e implementación efectiva de las políticas de agua en los países de la región. El principal obstáculo en casi todos ellos es la brecha de políticas, reflejada en la asignación poco clara de funciones y responsabilidades relativas al agua entre ministerios y otras entidades públicas (92% de los países). La segunda brecha es la de rendición de cuentas, que se relaciona con falta de interés de los ciudadanos en las políticas del agua, captura de procesos decisorios y de control, y escasa participación

de las organizaciones de usuarios (90%). En tercer lugar destaca la brecha de financiamiento, referida a los ingresos inestables o insuficientes para implementar efectivamente las políticas del agua (58%). Finalmente, las brechas de información y de capacidades también son decisivas en dos tercios de los países, seguidas por la brecha administrativa y la brecha de objetivos.

Dos aspectos de estas brechas requieren una especial atención cuando pensamos en modos de prevenir y superar los CpA. Ellas se asocian con la generación de reglas que cuenten con amplio consenso de los actores (marcos normativos) y que puedan ser aplicadas eficazmente por la autoridad pública (capacidad institucional). Las falencias en estos ámbitos son el punto de partida de los CpA.

1. Insuficiencias de los marcos normativos

La legislación nacional denota una muy disímil evolución en los países de la región. Aunque muchos países han actualizado o modificado su legislación de aguas en los últimos años (como Perú, varias provincias de la Argentina, Chile, Nicaragua, Paraguay, Venezuela, México, Honduras, Ecuador y Uruguay) y algunos se encuentran haciéndolo en la actualidad (República Dominicana, Costa Rica, entre otros), todavía queda mucho camino por recorrer (Hantke-Domas, 2011). La situación se agrava por las inconsistencias, contradicciones y falta de desarrollo de los marcos normativos. El problema de falta de operatividad efectiva es una limitante importante a la efectividad de sistemas de gestión: mientras, por un lado, se le dan amplias facultades teóricas de manejo, planificación y política, por el otro, las facultades de control e implementación efectiva, y su instrumentación, son sumamente débiles. Cabe agregar que las leyes de aguas son productos sociales, cuyo substrato es el resultado de aportes e intereses sociales diversos, idealmente en equilibrio (Solanes y Getches, 1998). Las leyes de países sin este equilibrio estructural reflejan el desequilibrio de base del sistema subyacente.

En las legislaciones nacionales en general se advierten —especialmente en aquellas normas que no han sido actualizadas recientemente— las siguientes características: i) inadecuación de los tradicionales enfoques basados en la propiedad de la tierra y el dominio de las aguas; ii) falta de incorporación de consideraciones ambientales; iii) enorme dispersión y superposición normativa, sumadas a deficiente acceso a la información, que dificultan la labor de los administradores y usuarios; iv) escasa atención al valor económico del agua; v) ausencia de promoción de objetivos sociales; vi) falta de una adecuada protección de los usos consuetudinarios y no consuntivos⁶; vii) ausencia de mecanismos e instancias de participación en los procesos de toma de decisiones; viii) inexistencia de instrumentos de adaptación al cambio climático; y ix) falta de enfoques integrales.

Claro que existen excepciones a las deficiencias señaladas. Por ejemplo, las modernas leyes de aguas de una u otra forma han ido incorporando —aunque todavía no han implementado en forma efectiva— la dimensión social, a través de institutos como el DHAS, así como la dimensión ambiental, por medio de la introducción de caudales ecológicos o flujos ambientales, el reconocimiento de la gestión integrada del recurso, la inclusión o rediseño de los marcos regulatorios de vertido y control de contaminación, exigencias de evaluación de impacto ambiental, la incorporación de principios de tributación verde, servicios ambientales y manejo adaptativo, entre otros aspectos evolutivos.

Varios países tienen leyes de aguas del siglo XXI. Sin embargo, estas modernas o reformadas legislaciones han evidenciado dificultades en su implementación, con lo que, tanto las antiguas como las

⁶ Una falencia observable en la mayoría de las legislaciones de la región es la falta de un adecuado reconocimiento de los usos consuetudinarios e indígenas o de los usos no consuntivos. Ello se puede deber a que al momento de sanción de las leyes no se visualizó la importancia de esos usos o que simplemente se buscaba negarlos. Con respecto a los usos no consuntivos ocurre lo mismo; al no estar registrados, el conflicto aparece con su afectación como ha ocurrido con los usos de pesca, recreativos o ambientales. El reconocimiento de derechos consuetudinarios o indígenas no es ni mucho menos sencillo tanto desde el punto de vista jurídico como práctico. No lo es porque las leyes de aguas, como técnica regulatoria, parten del establecimiento de una prohibición general de usar el agua con fines económicos sin el correspondiente título administrativo otorgado por la autoridad, normalmente un permiso o una concesión (Martín, 2010). En virtud de este principio general, siempre resulta problemático atribuir efectos jurídicos al uso de agua con soporte en una situación fáctica que ha de constatarse en la práctica (Rivera Bravo, 2013) y con prescindencia de un título administrativo, dado que la autoridad carece del control efectivo de esas utilidades. El conflicto se produce al atribuir consecuencias jurídicas positivas —adquisición de un derecho— a un actuar considerado por vía de principio ilegítimo, cual es el uso del agua sin título administrativo por parte de un sujeto determinado.

nuevas cuentan con obstáculos para su aplicación efectiva. Lo que puede observarse en la evolución legislativa de la mayoría de los casos es que, en la medida en que los CpA crecen, aumentan también los intentos de cambio de las legislaciones de aguas, cuyos consensos reformadores, a su vez, son cada vez más difíciles de lograr. Si bien es cierto que la legislación tiene un papel crucial en la prevención y solución de los CpA, su sola modificación no es suficiente, resultando clave encarar el problema de la falta de eficacia de las regulaciones (Mussetta, 2013).

2. Falta de capacidad para aplicar los marcos normativos

El mayor déficit regional se encuentra en la debilidad de los gobiernos para llevar a la práctica los marcos normativos, muchas veces imperfectos.

a) Debilidad institucional

i) *La debilidad del Estado-Nación*

En un contexto de crisis general del Estado-Nación y de su legitimidad (Cassese, 2003) esta debilidad estructural adquiere perfiles particulares. Proveniente en parte de su juventud y su proceso histórico de dependencia, pero también de la extraordinaria prédica neoliberal de la que han sido objeto los Estados en los últimos años, incluye los problemas financieros y de endeudamiento, que los hace a veces incapaces del mantenimiento de condiciones mínimas de gobernabilidad en el plano interno e incluso de controlar efectivamente buena parte de su territorio, y permeables al condicionamiento de sus políticas por parte de organismos internacionales y empresas multinacionales.

ii) *La debilidad de las autoridades nacionales de aguas*

A la debilidad de los gobiernos nacionales se suma la que tienen sus autoridades de aguas, que usualmente carecen de la independencia, presupuesto y capacidad requeridos para la tarea encomendada. Las reformas legislativas de la última década han creado organismos dedicados exclusivamente a la gestión del agua. Esto supone un avance, desde que facilita las condiciones para un proceso de toma de decisiones más objetivo, fomenta la eficiencia y efectividad, aumenta la posibilidad de demandar rendición de cuentas, y contribuye a evitar la descoordinación entre las autoridades al existir un solo responsable (Hantke-Domas, 2011), pero dista mucho de ser suficiente si no va acompañado de efectivas medidas de implementación, financiamiento, monitoreo y seguimiento.

La falta de registro y catastros debidamente actualizados o medianamente completos, así como de información hídrica de calidad, también contribuyen a la debilidad estructural de instituciones que deben administrar un recurso cuya realidad fáctica y jurídica muchas veces se desconoce total o parcialmente.

La deficiente legislación, y sobre todo, su acusada ineficacia, aumentan el ámbito discrecional de la actividad estatal, y en particular, el de las ya de por sí débiles autoridades de aguas, erigiéndose entonces el criterio político del gobierno de turno —y no la normatividad preexistente— en el factor determinante de la gestión del recurso. El intento cada vez más frecuente de otorgar derechos de agua con carácter excepcional y al margen de la normativa, pone de relieve la necesidad de independencia legal, técnico-administrativa y financiera de las autoridades de aguas y de la estabilidad de su personal, además de tener reglas claras de la máxima jerarquía e inviolabilidad para los procesos de asignación (Solanes y Getches, 1998).

El papel del Estado o la autoridad de aguas, antes, durante y después del CpA es un elemento clave para su desenlace y evolución. Si bien el conflicto tiene como protagonistas normalmente a distintos tipos de usuarios o a las comunidades locales afectadas, el rol desempeñado por el Estado suele ser determinante. La omisión estatal en la aplicación recta y efectiva de la norma, y en especial, la debilidad de su potestad fiscalizadora y sancionadora, tiende a favorecer a quien se encuentra en una mejor posición (por ser más fuerte, poseer más recursos o mejor información, etc.) y la falta de equilibrio frente a los conflictos produce un vacío normativo y político, que puede redundar en su recrudecimiento y judicialización, y en una pérdida de legitimidad estatal a futuro⁷.

⁷ Una muestra de esta debilidad se percibe en que, aunque la ley indique que todas las aguas son de propiedad del Estado y que sólo éste puede otorgarlas en uso, las poblaciones o gobiernos locales asumen que las fuentes de agua ubicadas dentro de sus tierras les

Muchas veces estas debilidades son el resultado de prácticas de gestión obsoletas e ineficientes, del predominio de las visiones de corto plazo y el oportunismo en las decisiones operativas o económicas, de la falta de recursos financieros y humanos, o de un mal diseño institucional (Peña y Solanes, 2003). Subyace en esos problemas una falta de decisión para enfrentarlos poniendo al tema en el centro de la agenda política, como corresponde al carácter esencial del bien en juego.

iii) La debilidad de los organismos de cuenca

La debilidad de la administración por cuenca no proviene tanto de su ausencia de previsión en la legislación, como de su falta de efectividad. El nivel de eficacia de las autoridades de cuencas interiores en Estados unitarios depende en buena medida de la voluntad del gobierno central, pero en Estados federales con cuencas interjurisdiccionales o en cuencas transfronterizas esa implementación es más dificultosa en tanto involucra entidades autónomas. En casi todos los casos de aguas nacionales, los organismos de cuenca son de carácter consultivo mientras que, tratándose de casos de aguas transfronterizas o interjurisdiccionales, sólo se les otorgan poderes para decidir sobre materias estrictamente técnicas y para cumplir programas acordados entre las partes (Jouravlev, 2001)⁸.

b) Ineficacia de los marcos normativos

Uno de los principales déficits de gobernabilidad en la región está relacionado con la falta de una efectiva aplicación de la normativa existente por parte de las autoridades del agua, sea por no fiscalizar ni sancionar infracciones, sea por desatender las exigencias legales al momento de otorgar permisos y concesiones, etc. Dos doctrinas jurídicas fuertemente arraigadas facilitan esa inobservancia administrativa que deriva en la ineficacia legal: i) la tradición de un amplio reconocimiento de potestades discrecionales a la autoridad administrativa sujetas a un bajo escrutinio judicial, que termina dejando a su criterio la decisión de aplicar o no la legislación; y ii) la legitimación restringida para formular reclamos relativos al desempeño de la autoridad o cuestionar sus decisiones. En la mayoría de los casos se limita esa capacidad a quien ostente derechos subjetivos afectados por ese proceder y ese status suele limitarse a los usuarios formales.

La legislación de aguas provee varios institutos para dotar de certeza a las relaciones y evitar conflictos entre los usuarios. Ellos están vinculados con el reconocimiento de prioridades a determinados usos, la previsión de catastros y registros para evitar superposiciones en la asignación de derechos y su jerarquización frente a escenarios de escasez. El problema, en gran medida, reside en la ineficacia o falta de aplicación de esas reglas y se traduce en la proliferación de controversias que podrían ser evitadas.

i) Régimen de prioridades para el uso de las aguas

Las autoridades deben atenerse, al momento de otorgar derechos de uso de agua, a los órdenes de prioridades establecidos por la ley. Estos sistemas pueden ser rígidos (el orden preferencial es fijado objetivamente en la ley de manera inamovible), flexibles (el orden es establecido en cada caso en forma discrecional por la autoridad administrativa) o semiflexibles (la ley fija un orden que puede ser alterado de manera fundada).

Los órdenes de prioridades son establecidos normalmente en función de los usos, pero para el caso de solicitudes concurrentes sobre el mismo uso muchas legislaciones proveen criterios adicionales para discernir el otorgamiento, por ejemplo, la naturaleza del sujeto solicitante o la prelación temporal en

pertenecen. Bajo esta concepción socio-territorial de los derechos de agua, cualquier uso o derivación del recurso debe ser autorizado por ellos y amerita una contraprestación. La autoridad de aguas expresa su frustración ante esta noción, pero ella se encuentra tan difundida que, cuando la convocan, participa en las negociaciones que llevan a cabo los pueblos, comunidades y distritos e inclusive llega a formalizar sus acuerdos. En estos casos la autoridad de aguas declina su competencia y ajusta su conducta a los condicionamientos locales, asumiendo un papel muy distinto al que le asigna la ley (Guevara Gil, 2008).

⁸ Los tribunales y cuerpos internacionales muchas veces se ven expuestos a prácticas que socavan su capacidad de intervención (amenazas de interrupción del financiamiento, renunciadas a la jurisdicción, etc.). Estas situaciones muestran el error de depositar expectativas excesivas en el rol de las instancias supranacionales para prevenir, procesar y superar los CpA, dejando de lado el deber primario que en este campo pesa sobre las autoridades nacionales. Aún cuando ellas presenten muchas limitaciones, es indudable que tienen un mejor conocimiento y mayor cercanía respecto de las circunstancias y especificidades locales y nacionales que resultan tan importantes para la resolución y prevención de los CpA.

la petición⁹. En la mayoría de los casos, y como correlato de su carácter público, la legislación confiere una prioridad absoluta a los usos comunes, domésticos o primarios de las aguas por sobre los usos especiales o privativos¹⁰.

Sin embargo, normalmente ha sido en última instancia la administración, la que ha definido mediante el otorgamiento de permisos y concesiones —o la declaración de caducidades— la utilización de las aguas conforme a los intereses públicos o nacionales reflejados en esos órdenes de prioridades. Al mismo tiempo, el interés público es un concepto indeterminado, difícilmente definible a priori o en abstracto conforme pautas objetivas.

Dejando al margen esta discreción conceptual, la aplicación de los sistemas de prioridades en la práctica no ha sido, sin embargo, ni mucho menos pacífica y puede ser desvirtuada o eludida, dando lugar y agravando los CpA (Erice, 2013). La falta de publicidad, participación y transparencia, aunado a desigualdades en el acceso a información, justicia, asesoramiento técnico y recursos en los procedimientos administrativos de aplicación de los órdenes de prioridades es, sin dudas, una de las grandes causas de formación de escenarios conflictivos.

ii) *Deficiente registro y catastro de aguas*

Todas las legislaciones prevén sistemas de registro y catastro de las aguas, tanto públicas como privadas. Mientras el registro constituye un instrumento eminentemente jurídico que se ocupa de los derechos constituidos sobre las aguas y tiene como principal objetivo la publicidad¹¹, el catastro refiere a la cantidad, calidad, ubicación y disponibilidad de las aguas desde el punto de vista físico. Es fundamental que ambos se encuentren coordinados y con todos los atributos de usos y derechos definidos y cuantificados.

El problema central en la región no proviene de la falta de previsión legal de estos instrumentos, sino de la débil capacidad institucional para inventariar, registrar, catastrar y referenciar desde el punto de vista físico y jurídico las aguas y los derechos de su uso. Los gobiernos en la región han evidenciado múltiples dificultades para mantener actualizados e implementar los registros y catastros de aguas (Alvarez Carreño, 2007). Los registros y catastros son imprescindibles para el funcionamiento de todo el sistema, desde la planificación y la legislación hasta la administración, que no podría de otra forma alcanzar cánones mínimos de eficiencia, eficacia y seguridad jurídica, particularmente respecto de los sujetos más débiles y usos más antiguos. También resultan particularmente relevantes para el buen funcionamiento de los mercados de aguas, como en Chile.

En términos de gestión integrada, administración eficiente, respeto de derechos adquiridos y de protección y conservación de las aguas, la falta de conocimiento o inexactitud de la información sobre el recurso puede constituir un obstáculo insalvable para su manejo y fuente de numerosos conflictos ¿Cómo se puede administrar o proteger adecuadamente lo que no se conoce? Por otra parte, las falencias

⁹ Por ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos del Perú establece el siguiente régimen de prioridades: i) uso primario, ii) uso poblacional, y iii) uso productivo, y dentro de este último, se fijan prioridades entre los diferentes usos. Ante la concurrencia de solicitudes sobre un mismo uso productivo se preferirá al de mayor interés público, conforme los criterios de: i) mayor eficiencia en la utilización del agua; ii) mayor generación de empleo; y iii) menor impacto ambiental. En igualdad de condiciones, se prefiere a la solicitud más antigua y si fuese imposible resolver mediante esos criterios, finalmente la autoridad resolverá a favor de la solicitud que sirva mejor al interés de la Nación, el desarrollo del país y el bien común.

¹⁰ La clasificación de los usos del agua pública en comunes, domésticos y primarios o generales, por un lado, y en contraposición a ellos, los usos especiales privativos o exclusivos, ha sido adoptada por la gran mayoría de la legislación de aguas. La diferencia radica en que los primeros son aquellos cuyo objeto principal e inmediato es la satisfacción de necesidades físicas indispensables para la vida y pueden ser realizados por todas las personas por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad. Esta categoría incluye normalmente el beber, bañarse, lavar ropa, abreviar ganado, regar plantas, navegar, pescar, etc., con la limitación de efectuarlo por medios manuales. Se los define como gratuitos, generales y libres y por su naturaleza no implican una disminución o perjuicio sensible de los caudales. En cambio, los usos especiales son aquellos que están dirigidos a producir un aumento en la esfera de acción y el poderío económico del hombre, son onerosos, determinados y requieren del otorgamiento previo de un título administrativo alcanzando usos tales como abastecimiento poblacional, riego, industria, minería, energía, etc.

¹¹ Los registros de aguas no tienen, sin embargo, por exclusiva función la constatación de los derechos de aguas otorgados por las administraciones hidráulicas, su control y protección o defensa sino que habida cuenta la certeza que aportan pueden desempeñar un papel capital y complementario en la protección y conservación de las aguas públicas evitando conflictos. Esta función pueden desempeñarla en general, por la creciente importancia del derecho de acceso a la información ambiental y en especial, en cuanto el derecho de acceso a los registros constituye un concreto instrumento de la participación pública (Alvarez Carreño, 2007).

apuntadas se traducen en una limitación indebida al derecho de las poblaciones de acceder a la información sobre los recursos hídricos.

B. Fragmentación del poder decisorio

Junto con la insuficiencia e ineficacia de los marcos normativos, y directamente asociada a estas falencias, la falta de mecanismos institucionales que permitan homogeneizar los criterios de intervención sobre los recursos hídricos constituye un déficit adicional de los modelos regionales de cara a la prevención y solución de los CpA (véase el recuadro 4).

1. Fragmentación territorial

La cuenca es la unidad principal de manejo integrado de los recursos hídricos. Las características físicas del agua generan un alto grado de interrelación e interdependencia entre los usos y usuarios de agua en una cuenca (véase la página 12). Pese a ello, en la mayoría de los casos los ámbitos territoriales de acción de los actores públicos y privados no coinciden con los límites naturales de las cuencas, lo que dificulta la gestión coordinada del agua y genera los CpA. Mientras que la cuenca es la unidad que determina la oferta de agua, muchas de las decisiones que configuran su demanda y afectan su disponibilidad, provienen de actores ajenos a ella. Esta falta de concordancia entre el espacio de la cuenca y el modo de asignar capacidad de decisión sobre la misma, es una fuente estructural de los CpA. Esta situación tiende a agravarse en los países federales por la superposición de marcos normativos, a veces incompatibles, y organismos disímiles sobre una misma cuenca. La situación muchas veces se agrava por la ausencia o debilidad de espacios de diálogo institucionalizados.

2. Fragmentación sectorial

Los CpA también son originados por la presencia de estructuras institucionales fragmentadas, y la consiguiente falta de coordinación entre y dentro del aparato estatal para lograr una regulación consistente. La organización tradicional del Estado en los países de la región es esencialmente sectorial. Los sectores se especializan en las actividades relacionadas con el uso de los recursos hídricos para fines específicos y no en su gestión integrada, lo que limita la posibilidad de promover el uso múltiple del agua, optimizar su aprovechamiento, minimizar conflictos y abordar las tareas que afectan al conjunto de usuarios de agua (Dourojeanni y Jouravlev, 2002).

De ese modo, en la gestión del agua confluye una multiplicidad de actores con objetivos muchas veces divergentes: gobiernos nacionales, provinciales y municipales, organizaciones de usuarios, comunidades indígenas —con sus propias reglas y sistemas ancestrales de manejo—, prestadores de agua potable y saneamiento, usuarios industriales e hidroelectricidad, entre otros. Lo más frecuente es, naturalmente, que exista superposición de funciones, roles poco definidos y, por ende, responsabilidades no lo suficientemente claras (Dourojeanni y Jouravlev, 2002).

El enfoque sectorial pudo haber funcionado en una etapa en la que los problemas de gestión eran más simples, el nivel de explotación de los recursos hídricos reducido, las interdependencias entre diferentes usos y usuarios poco relevantes y en la que se contaba con un significativo caudal no utilizado del recurso (Solanes y Jouravlev, 2005; Jouravlev, 2001). Sin embargo, en las condiciones actuales de creciente escasez, conflictos y externalidades generalizadas, este enfoque se muestra abiertamente inadecuado por dos grandes razones: i) implica falta de neutralidad de parte de la autoridad sectorial en el proceso de toma de decisiones asociadas a los recursos hídricos, pues aquella dará preferencia a los usos relacionados con sus metas y fines de existencia; y ii) conduce a una distribución de las funciones de gestión de una manera que no responde a las características físicas del recurso y a su uso óptimo, lo que lleva a que muchos hagan lo mismo (superposición y duplicación de responsabilidades) y otro tanto no sea hecho por nadie (vacíos de gestión y evasión de responsabilidades).

Cualquier país que experimente una fragmentación sectorial de las funciones relativas al agua entre organismos públicos (brecha de políticas) muy probablemente sufrirá un conflicto entre las metas específicas de estos actores (brecha de objetivos). De allí se deriva la necesidad de determinar la interdependencia y coordinación entre las instituciones que participan en la formulación de políticas del

agua en los niveles local, regional y central, lo que implica reconocer los impedimentos para la coordinación efectiva en los ámbitos de gestión, financiamiento, información, obras y políticas, con el propósito de reducir o cerrar las brechas de información e impulsar estrategias compartidas (OCDE, 2012).

RECUADRO 4 EL CASO “MENDOZA” DE LA CUENCA MATANZA-RIACHUELO

En 2004 un grupo de vecinos de la zona de la cuenca de los ríos Matanza-Riachuelo de la Argentina demandó ante la CSJN al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a 44 empresas, persiguiendo una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación de la cuenca, el cese de la contaminación y la recomposición del medio ambiente. Con ello se dio inicio al caso “Mendoza”, uno de los procesos judiciales relacionados con la remediación ambiental y la gestión integral de los recursos hídricos más emblemáticos del mundo.

La cuenca Matanza-Riachuelo es una de las más contaminadas del país y una de las zonas urbanas más degradadas, tanto en términos ambientales como sociales. Está situada en el cordón industrial del Área Metropolitana de Buenos Aires, posee una extensión de 65 kilómetros que cubre una superficie de 2.240 kilómetros cuadrados y su población alcanza los 5 millones de habitantes, un alto porcentaje de los cuales vive en asentamientos precarios, carece de servicios de agua potable y saneamiento y registra necesidades básicas insatisfechas. El área en cuestión involucra a 14 municipios, 3 jurisdicciones y más de 22 organismos competentes que aplican 55 marcos regulatorios diversos que en ocasiones colisionan entre sí.

La CSJN tomó intervención en el caso en 2006 y requirió a las autoridades gubernamentales y a las empresas el suministro de una serie de informaciones para diagnosticar el cuadro de situación. Poco después, el Congreso Nacional creó la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) por Ley 26.168, entidad interjurisdiccional que se encarga de encarar las acciones referidas al saneamiento de la cuenca. En julio de 2008, la Corte dictó sentencia y estableció un programa de intervención que obliga a la ACUMAR a seguir un cronograma de medidas que incluyen la producción y difusión de información pública, control de la contaminación industrial, saneamiento de basurales, extensión de obras de aguas, cloacas y desagües pluviales, realización de un plan sanitario de emergencia, y adopción de un sistema de medición para evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos. A fin de asegurar la correcta ejecución de la sentencia, la Corte delegó la ejecución en un Juzgado Federal de primera instancia de la zona afectada, que tiene a su cargo supervisar el cumplimiento. Asimismo, la Corte creó un Cuerpo Colegiado coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación junto con organizaciones no gubernamentales que se habían presentado en el juicio con el fin de fortalecer y habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del fallo. Además, encomendó a la Auditoría General de la Nación el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria del Plan Integral de Saneamiento, a fin de garantizar la transparencia en el manejo patrimonial.

En 2010, la ACUMAR aprobó el Plan de Saneamiento Integral (PISA) que se encuentra en etapa de ejecución e involucra, a 2011, inversiones acumuladas de aproximadamente seis mil millones de dólares. A 2012, se habían clausurado 258 establecimientos contaminantes y más de 1.000 habían adoptado medidas para reconvertir sus prácticas productivas de modo de cumplir con los requerimientos ambientales.

El caso “Mendoza” constituye una muestra de las tendencias actuales en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, al punto que la noción misma de cuenca ha sido objeto de análisis a lo largo de los diferentes pronunciamientos. En un fallo de 2010, el juez de ejecución sostuvo que el criterio de “cuenca” abarca, a los efectos del caso, al territorio político total de los partidos que la componen —aún cuando las márgenes del río lo bañen en una pequeña porción—, independientemente de sus alcances geográficos. Este entendimiento “político” del concepto de “cuenca”, le atribuiría competencia en todo lo relativo al proceso de saneamiento respecto de establecimientos radicados fuera de la cuenca geográfica en sentido estricto.

En 2012, la CSJN descalificó ese criterio expansivo y sostuvo que, si se aceptara la noción “política” de cuenca, la definición dejaría de ser funcional y se convertiría en un riesgo para las autonomías de las distintas jurisdicciones involucradas. Agregó que el criterio propuesto resultaba contradictorio, pues calificar como cuenca a la totalidad de un partido, aún aquel cuyo territorio resulta ínfimamente tocado por las aguas, no es otra cosa que expandir la noción de cuenca a la totalidad del territorio político sin que exista cuenca. Dicho de otro modo, el concepto “político” implicaba afirmar la existencia de una cuenca donde no la hay en sentido hidrológico, lo que implicaba —en vez de complementar el concepto técnico— sustituirlo por otro. Por lo dicho, para la Corte la cuenca en sentido amplio, solo deberá ser el territorio que abarca la misma y aquél que pueda tener relación directa o indirecta con su saneamiento.

Fuente: Elaboración propia con base en la información de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Muchas veces es el propio Estado quien aparece como promotor de emprendimientos conflictivos, enfrentado —y enfrentando— a los afectados. Esto permite explicar su pérdida de legitimidad para mediar en un CpA que él mismo ha contribuido a crear, sea por acción u omisión, directa o indirectamente. En muchas ocasiones, esta circunstancia obedece a la fragmentación de competencias, donde las autoridades productivas, normalmente con una posición privilegiada respecto de las de agua y del ambiente, actúan de manera desconectada, mostrando que una adecuada coordinación institucional es el primer paso para prevenir los CpA (Dourojeanni y Jouravlev, 2002; Solanes y Jouravlev, 2005).

C. Deficiente participación

La baja participación es una de las principales causas de la debilidad de gobernabilidad hídrica en la región (Solanes y Jouravlev, 2005). La falta de representatividad de las instituciones y su captura por grupos de presión con acceso privilegiado, hacen que la legitimidad y efectividad de las decisiones dependan cada vez más del acuerdo de los sujetos afectados, lo cual aumenta sensiblemente la cantidad de situaciones conflictivas.

Uno de los problemas más relevantes frente a la inercia administrativa o la toma de decisiones inadecuadas es que en general los miembros del público tienen problemas para acreditar su legitimidad en procesos asociados a la gestión del agua (Solanes y Getches, 1998). La inexistencia de vías institucionales de participación para sujetos no considerados por la legislación como usuarios de agua en sentido estricto constituye una fuente de CpA. Estos actores, que no revisten la condición de usuarios formales y entre los cuales se encuentra la ciudadanía, las organizaciones no gubernamentales y los usuarios no reconocidos, quedan al margen de los mecanismos institucionalizados de participación, en parte reproduciendo la tensión existente entre derechos inscritos y los no inscritos (Pochat, 2012), y vulnerando su derecho fundamental a la participación.

Así, la participación tradicional en el ámbito de los recursos hídricos suele contemplar sólo a los usuarios, excluyendo a otros sujetos interesados. Inclusive, en algunos casos, solamente se otorga intervención a los propietarios y concesionarios —en algunos sistemas, en proporción a los derechos de agua que posean en determinado cauce, con el efecto de concentrar el poder decisorio—, en detrimento de la participación de arrendatarios, permisionarios o usuarios consuetudinarios.

Estas formas de participación han sido criticadas por vincularse a la denominada administración corporativa, en tanto confieren a los sujetos beneficiarios, la administración de bienes formalmente públicos. Ello ha suscitado reparos desde el derecho administrativo, por cuanto parecería exceptuarse la regla o principio en virtud del cual los concesionarios no pueden controlarse a sí mismos (a través de los propios organismos u asociaciones que integran) en el ejercicio de sus respectivas concesiones que implican el uso de bienes públicos (Bartolomé y Sanagustín, 1996).

Frente al abordaje tradicional que sólo contempla la participación de los usuarios directos, principales beneficiarios del uso privativo del agua pública, los estándares actuales reclaman diseños que superen la participación restrictiva y la reemplacen por esquemas más amplios y abiertos. Esto es especialmente relevante porque la falta de participación se traduce en la ausencia de compromiso de la ciudadanía con la gestión de los recursos hídricos. La eficacia de las políticas de gestión del agua seguirá siendo reducida si la ciudadanía sigue concibiendo a esas políticas como un límite “externo” a sus intereses “reales”. Es fundamental que la gente pueda sentir como propias esas reglas para que empiecen a darse los cambios de conducta necesarios. La falta de apropiación, adecuación y aceptación de las pautas legales constituye un factor clave de la proliferación de los CpA.

Se han dado avances en la ampliación de los mecanismos participativos. Sin embargo, una limitación que persiste es que los nuevos mecanismos de participación para no usuarios (como audiencias públicas, documentos de consulta o mesas del agua), se perfilan —tanto en la letra de la ley como en la práctica— como instancias meramente legitimatorias, más que auténticos canales de intervención con posibilidades de incidir en la toma de decisiones. El carácter no vinculante de las consultas y la mera presencia en audiencias o en órganos consultivos hace que la participación se perciba como testimonial y no como el auténtico canal para influir en los resultados de los procesos decisorios.

Las falencias que existen en el acceso de los usuarios y el público en general a los sistemas de toma de decisiones vinculadas al agua, son varias: i) condiciones sociales que lo restringen en la práctica; ii) elenco limitado de temas donde se puede intervenir; iii) falencias en el contenido y oportunidad de la información que se proporciona; iv) ausencia de mecanismos alternativos y capacidad de decisión cuando la participación no llega a conclusiones oportunas, tanto en sustancia como en tiempo; v) captura de las entidades de usuarios por grupos o sectores que las usufructúan en provecho propio; vi) deficientes controles estatales; y vii) desconocimiento de que no sólo titulares de derechos y usuarios formales pueden tener intereses legítimos vinculados al recurso (Solanes y Jouravlev, 2005).

III. Propuesta para prevenir y manejar los conflictos

Los CpA podrían ser prevenidos y resueltos de un modo más eficiente si los modelos de gobernabilidad comenzaran a reflejar los cambios de enfoque sobre la temática de los recursos hídricos, dando lugar a perspectivas integrales, cooperativas y participativas.

A. El enfoque del agua basado en derechos humanos

Las soluciones a las falencias de la gobernabilidad hídrica vienen siendo enunciadas desde hace décadas, pero los resultados no pueden reputarse del todo satisfactorios. Este trabajo propone un nuevo abordaje de la temática encaminado a tratar las razones que han llevado a que —aún cuando se sabe qué hay que hacer— ello todavía no haya sido puesto en práctica. Para ello se recurre a un modelo de gobernabilidad global conocido y exitoso pero que no ha sido todavía debidamente integrado a la gestión del agua: el enfoque de gestión de los recursos hídricos basado en derechos humanos (EBDH). Esta forma de aproximación al tema puede permitir dinamizar ciertos cambios y superar bloqueos crónicos.

1. Marco general

Hasta fines de los años ochenta, desarrollo y derechos humanos eran considerados como dos ámbitos separados, con estrategias y objetivos divergentes. Desde entonces, la terminología de los derechos humanos encontró mayor receptividad en el discurso internacional, pero también las desigualdades crecientes que el proceso de globalización trajo aparejadas motivaron cuestionamientos sobre la visión tradicional del desarrollo, que entendía al crecimiento económico como la solución completa a sus desafíos. La necesidad de analizar las disparidades que se encuentran en el corazón de los problemas de desarrollo y corregir las distribuciones injustas de poder llevaron a la construcción de este nuevo abordaje.

La convergencia entre desarrollo y derechos humanos se vio confirmada en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, Austria, 14 al 25 de junio de 1993), en la cual se reconoció en forma explícita que desarrollo y respeto a los derechos humanos son interdependientes y se refuerzan mutuamente. Así, se produjo un giro en las visiones acerca del desarrollo.

El EBDH busca integrar los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos en las estrategias de crecimiento (Justo, 2013). Para ello no sólo centra su mirada en los resultados del desarrollo, sino que presta especial atención a los procesos por los cuales aquel se logra, procurando que sean participativos, no discriminatorios y que sus destinatarios dejen de ser meros receptores pasivos de decisiones tomadas en su nombre para convertirse en ciudadanos activos. Se entiende que la aplicación de este enfoque conduce a mejores y más sostenibles resultados de desarrollo humano y ayuda a resolver los conflictos entre las partes interesadas. El valor agregado del EBDH pasa por los siguientes factores:

- **Empoderamiento:** Al encuadrar el desarrollo bajo los estándares de los tratados de derechos humanos, lo que antes era concebido como “necesidades” ahora es entendido como derechos exigibles y la caridad se transforma en cumplimiento de obligaciones internacionales. Este cambio de mirada es fundamental para promover un rol activo de los sectores afectados y para reducir la discrecionalidad gubernamental que ampara falencias estructurales en materia de gobernabilidad hídrica.
- **Rendición de cuentas:** Todos los estamentos involucrados en las estrategias de desarrollo (locales, nacionales, regionales e internacionales) deben dar cuenta del modo en que cumplen sus deberes en materia de derechos humanos.
- **Participación:** El EBDH asigna un valor fundamental a la participación activa, significativa y libre de la sociedad civil, comunidades, minorías, pueblos indígenas, mujeres y demás sectores cuyas voces han sido tradicionalmente excluidas de los debates sobre desarrollo. En oposición al enfoque usual, en el que los requerimientos de los grupos vulnerables eran identificados sin su intervención, el EBDH postula que sean esos sectores quienes participen en la determinación de sus propios objetivos de desarrollo y se involucren en forma directa en diseñar e implementar los proyectos necesarios para su consecución. Las organizaciones nacionales e internacionales pasan de ser los “ejecutores” de los programas de desarrollo a ser sus “facilitadores”. Eso conlleva un sentido de pertenencia de parte de los destinatarios que propicia una mayor sustentabilidad de las iniciativas de desarrollo.

2. Proyecciones para la gestión de los recursos hídricos

Los derechos humanos no son optativos ni pueden ser adoptados o abandonados según el interés particular de cada gobierno. Son obligaciones exigibles y por lo tanto presuponen sujetos con capacidad de reclamar frente a otros con deber de responder. Esto significa una mayor rendición de cuentas y un límite a los poderes privados y a los propios Estados. Si logramos trasladar las proyecciones de este régimen a la gestión de los recursos hídricos, podremos dar pasos importantes en la materialización de muchas metas que hasta ahora han sido relegadas.

Los expertos y las instituciones nacionales e internacionales vienen denunciando las falencias en la gobernabilidad del agua, que subsisten aún a pesar de importantes cambios legales en los últimos años, y también la forma de revertirlas. Esas deficiencias están asociadas a la falta de capacidad de las autoridades nacionales para generar, monitorear y aplicar un sistema consistente y sustentable de manejo de las intervenciones sobre los recursos hídricos. Las razones de esa falta de capacidad son conocidas:

- **Reducida voluntad política,** que se traduce en recursos financieros y humanos insuficientes para las instituciones del sector. La temática de los recursos hídricos no recibe la atención que merece en la agenda política de los gobiernos, en especial por el predominio de miradas cortoplacistas. El tipo de medidas involucradas supone ciclos más largos que los de las administraciones y consecuentemente un beneficio que no usufructúa el gobierno que hace el gasto o que paga el costo político de la intervención.
- **Fragmentación en la gestión,** tanto territorial como sectorial.
- **Deficiente cultura del agua,** que no permite equilibrar debidamente las dimensiones económica, social y ambiental, lo que resulta en prácticas no sustentables y falta de participación.

- Divorcio entre las autoridades públicas y la realidad. La conflictividad asociada a los recursos hídricos, que se traduce en bloqueos de proyectos por falta de licencia social, judicialización, tensiones regionales, etc., constituye una realidad tangible en la mayoría de los países. No es posible seguir gobernando como si los CpA fueran aislados, incidentales o excepcionales. Antes bien, ellos son estructurales; su aumento obedece a no haber enfrentado las causas de la crónica desatención de la temática hídrica y al avance del discurso de los derechos, que enarbola tanto las pretensiones como las resistencias. Los CpA son en buena medida emergentes de una crisis no asumida, conjugada con el empoderamiento de los grupos vulnerables.

Pese al consenso existente sobre la pertinencia de soluciones como la gestión integral de los recursos hídricos, la planificación o el fortalecimiento institucional, esos cursos de acción sólo han sido implementados de manera limitada, dejando una gran brecha entre el discurso y la realidad. El EBDH pretende ser una opción para reducir esa brecha de eficacia mediante la sujeción del manejo de las intervenciones sobre los recursos hídricos a un marco normativo que goza de amplio consenso y que constituye límite a la soberanía, incluido al poder constituyente.

Para lograr este objetivo, el EBDH ofrece una serie de dispositivos y principios que pueden resultar claves para atacar las causas de las deficiencias en la gobernabilidad del agua que impiden prevenir y superar los CpA e incluso, muchas veces los ocasionan. Esos dispositivos se relacionan con la aplicación del régimen internacional de los derechos humanos al manejo de los recursos hídricos, incluyendo aspectos tanto sustantivos como procedimentales. Desde esa perspectiva, el EBDH puede contribuir a la superación de los problemas de gobernabilidad:

- Fortaleciendo la capacidad institucional para la aplicación de los regímenes legales. El EBDH implica el empoderamiento de la sociedad civil (mediante la ampliación de la legitimación y el mandato participativo de los derechos económicos, sociales y culturales) y el fortalecimiento de las capacidades estatales (mediante el deber de protección de los derechos humanos).
- Priorizando el sector hídrico más allá del corto plazo. El EBDH contribuye a reducir la desatención gubernamental a través de la utilización de un régimen internacional imperativo para el Estado, lo cual lo aleja de la discrecionalidad prevaleciente en esta arena. La gestión integrada, eficiente y sustentable de los recursos hídricos no es una opción para los gobiernos, sino el requisito para el cumplimiento de las obligaciones que tanto sus ciudadanos como los tribunales domésticos e internacionales pueden reclamarles.
- Visibilizando la problemática hídrica, a través del discurso de los derechos humanos que ha sido exitoso en cuanto a su capacidad de penetración en la agenda pública, construcción de consensos, legitimidad a nivel global y receptividad por los tribunales. Mientras no se alcance un consenso básico en los diferentes niveles y que ello trascienda hacia el mundo político, habrá pocas esperanzas de lograr avances sólidos (Peña y Solanes, 2003). Los derechos humanos expresan los consensos mínimos en torno a los cuales el proceso político debería articular sus acciones, lo cual facilita su receptividad.
- Expandiendo el elenco de sujetos que inciden en la gestión, monitoreo y protección de los recursos, a partir de la ampliación de la capacidad de formular peticiones y reclamos (legitimación). La lógica de los derechos humanos relativiza algunos de los dogmas que presiden el derecho y administración de aguas en pos de alcanzar resultados: la satisfacción de pisos mínimos de acceso a esos derechos y el logro progresivo de su disfrute pleno.
- Amplificando la información disponible sobre el estado y aprovechamiento de los recursos, pieza clave para superar los CpA, a través de la aplicación del principio de máxima divulgación de la información en poder del Estado. Es cierto que esta información en muchos casos no existe o es de mala calidad, pero este principio obliga a los gobiernos no sólo a no retacear los datos sobre la situación de los recursos y el impacto en ellos de las intervenciones antrópicas, sino a recopilar de oficio los que no estén disponibles.

- Fijando pisos mínimos de funcionamiento del sistema. El régimen de gestión del recurso no puede resultar en la violación de derechos humanos. Todo el andamiaje organizativo pierde validez si genera lesiones a los derechos humanos y por ende hay que homogeneizar los mecanismos decisorios para evitar que ello ocurra. Esto ayuda a superar los problemas de fragmentación territorial y sectorial.

B. Los instrumentos del enfoque basado en derechos humanos

1. Derecho humano al agua y al saneamiento

Como ha sido reconocido expresamente en la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y en la Observación General 15 (OG 15) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el acceso al agua potable y al saneamiento constituye en la actualidad un derecho humano esencial amparado por el derecho internacional.

Existe una importante brecha entre la declaración y la aplicación efectiva de los principios sobre una buena gestión del agua. En las últimas décadas, las transformaciones institucionales y organizativas en materia hídrica han sido más permeables a razones macroeconómicas y al fomento de la participación privada en el abastecimiento urbano que a las vinculadas con la gestión integrada del agua. El abordaje desde el DHAS puede contribuir a reducir esa brecha, en la medida en que obliga a los Estados a adoptar medidas concretas y deliberadas hacia la gestión equitativa e integral de las fuentes de abastecimiento.

a) Derecho humano al agua y al saneamiento y gestión del agua

Al referirse a los problemas de coordinación que son fuente de los CpA, se ha destacado que es muy común que el énfasis en materia de agua se haga exclusivamente con relación al abastecimiento de agua potable y saneamiento, desvinculando dicho uso de las necesidades de gestión integrada (Dourojeanni y Jouravlev, 2002). Lo primero que debemos lograr para superar el problema es dejar de entender al DHAS como exclusivamente asociado a la distribución del agua y no a su fuente. Es equivocado pensar que el DHAS carece de toda incidencia en la gestión del recurso.

Si bien el DHAS se ha desarrollado principalmente en torno de los servicios de agua potable y saneamiento, sus implicancias para la gestión de los recursos hídricos son evidentes. Resulta imposible escindir esos servicios del manejo adecuado de las fuentes de agua cuando se trata de asegurar la efectividad del derecho, al punto que aún el mejor sistema de prestación fracasará si existe una gestión deficiente de la fuente de captación del recurso. Ello denota la necesidad de un abordaje integral del ámbito de aplicación del derecho en el que se reconozca que el régimen jurídico del DHAS incide no sólo en lo relativo a los servicios de agua potable y saneamiento, sino también en la gestión de las fuentes de los cuales esos servicios se abastecen. La OG 15 establece una serie de referencias relevantes para diseñar los instrumentos de gestión de los recursos hídricos de un modo que permita cumplir con las obligaciones que ese derecho genera en cabeza del Estado.

La vinculación inmediata entre el DHAS (y otros derechos humanos, como la alimentación, salud, educación o vivienda) y los recursos hídricos, en sus diferentes usos y no sólo en lo relativo a servicios de agua potable y saneamiento, se desprende de la directa dependencia del agua para el ejercicio de esos derechos, pero también de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos¹². La prueba de esa conexión está dada por la proliferación de CpA, donde las pretensiones y en especial las resistencias están cifradas en términos de derechos. Los derechos humanos son el gran articulador de las posturas presentes en estas disputas, aunque hasta ahora de un modo atomizado y caótico.

¹² También el disfrute de un medio ambiente sano tiene reconocimiento a nivel internacional como derecho humano. En el caso de la región, se cuenta con expresa consagración en el Protocolo de San Salvador, "Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales", que lo ubica junto con el derecho a contar con servicios públicos básicos, demostrando la interconexión entre ambos aspectos: preservación de los recursos hídricos y abastecimiento de agua potable y saneamiento.

b) Naturaleza jurídica del agua y criterios para su distribución

De acuerdo al criterio explicitado por el CDESCR en la OG 15, el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, que debe tratarse como un bien social y cultural, y no principalmente como un bien económico. Su utilización debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras. En la asignación del agua debe concederse prioridad al uso para fines personales y domésticos.

El acceso a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada también goza de prioridad, pues es un destino clave para cumplir las obligaciones que generan otros derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹³. Por ello, debe hacerse lo posible para asegurar que los agricultores desfavorecidos y marginados, en particular las mujeres, tengan un acceso equitativo al agua. De igual modo, los Estados deben garantizar un acceso suficiente al agua para el sostenimiento de los pueblos indígenas, a fin de obrar consistentemente con el PIDESC, que prohíbe privar a un pueblo “de sus propios medios de subsistencia”.

La prioridad de los usos domésticos y de subsistencia obliga a los Estados a diseñar y poner en práctica sistemas de asignación de derechos de uso de agua que aseguren el acceso para esos fines. Para ello es clave que en esa asignación se evite la concentración de derechos en pocos usuarios, así como el desplazamiento de derechos consuetudinarios por el otorgamiento de permisos formales. De igual modo, los grandes proyectos productivos o de infraestructura encuentran en el DHAS un límite insoslayable, en la medida en que su desarrollo no puede implicar la postergación del uso prioritario para fines personales, domésticos y de subsistencia.

c) Grupos vulnerables

Aunque el DHAS es aplicable a todos, son sujetos de especial protección aquellas personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos.

Entre los modos de materializar un trato preferente a estos grupos para compensar disparidades históricas, la OG 15 recalca la necesidad de no excluir a las mujeres de los procesos de adopción de decisiones sobre los recursos y los derechos en materia de agua, de proteger el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales y en las tierras ancestrales de los pueblos indígenas de toda injerencia ilícita y contaminación y de facilitar los recursos para que esos pueblos planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua, ya sea a través de sus propios sistemas de gestión del recurso o bien mediante reglas especiales que aseguren la protección de sus intereses. En esa tónica, la Corte IDH viene destacando el rol esencial del acceso al agua para la preservación de las prácticas culturales y la subsistencia de los pueblos indígenas y la consiguiente necesidad de adecuar las prácticas domésticas de modo de asegurar su efectivo disfrute.

d) El deber de protección del DHAS y la regulación de los recursos hídricos

En función del deber de protección que consagra el DHAS, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar que terceros contaminen o extraigan el agua de modo inequitativo. Ese mandato refuerza las capacidades estatales para poner en práctica una fuerte regulación de la gestión de los recursos hídricos, pues conlleva el deber de examinar la legislación, las estrategias y las políticas para determinar que si ellas son compatibles con las obligaciones relativas al DHAS, y de derogar, enmendar o cambiar las que no sean congruentes con las obligaciones dimanantes de ese derecho.

La solidez de la capacidad regulatoria del Estado es clave para la prevención y resolución de los CpA. Desde la perspectiva de la prevención, el fortalecimiento del papel de las autoridades públicas permite abordar el problema de la debilidad de las instituciones de los países de la región para imponer planes y estrategias de interés colectivo frente a resistencias sectoriales y de grupos de presión.

¹³ Es importante señalar que el “derecho al agua abarca sólo los usos personales y domésticos ... No comprende el agua necesaria para la agricultura o el pastoreo ... El acceso al agua para la agricultura, en particular por los pequeños propietarios, forma parte del derecho a una alimentación adecuada ... puede decirse que el derecho al agua asigna prioridad al uso de agua para la agricultura y el pastoreo cuando ello sea necesario para prevenir el hambre” (ACNUDH, 2011).

Desde la perspectiva de la resolución de los CpA, el hecho de amparar las decisiones en el cumplimiento de una obligación internacional permite dotar de mayor legitimidad y exigibilidad a las resoluciones que las autoridades adopten para concluir las controversias, evitando su perduración indefinida. En el plano internacional, la naturaleza de los instrumentos de derechos humanos actúa como límite a las actuaciones de corporaciones y otras persona, brindando cobertura al Estado frente a reclamos de afectación de sus derechos como resultado de las medidas regulatorias (Bohoslavsky y Justo, 2011). También desarticula pretensiones de cambios radicales que se enmascaran bajo la forma de reclamos asociados al agua.

En la región no hay balance de poder ni igual capacidad de acceso a las instituciones, lo cual hace que el sector con mayor capacidad de hecho y habilidad de influenciar consiga, en la práctica, políticas que no necesariamente redundan en beneficio general (Solanes y Jouravlev, 2005). Esta falencia se extiende desde el diseño mismo de la legislación hasta su aplicación por parte de la autoridad competente. El DHAS permite cuestionar este orden de cosas, pues empodera a los titulares del derecho para reclamar cambios sustanciales y procedimentales y —a la par— brinda cobertura a las autoridades que ejercen ese rol de protección aún afectando intereses económicos y políticos fuertemente arraigados.

El DHAS puede contribuir a dotar a las autoridades de poderes y capacidades legales acordes con su mandato, y mejorar su eficacia jurídica, en especial porque la legitimidad que otorga el discurso de los derechos humanos convierte a ese derecho en una herramienta influyente en la distribución del recurso y la resolución de las tensiones. Por otra parte, en la medida en que una adecuada gestión del agua constituye una precondition para el disfrute efectivo del DHAS, los niveles de discrecionalidad estatal en la determinación y ejecución de las políticas asociadas a ese recurso se ven reducidos, pues esa gestión debe ser consistente con las obligaciones que él genera en cabeza del Estado, es decir, con los mandatos de disponibilidad, calidad y accesibilidad y con el deber de aseguramiento de niveles mínimos de acceso al derecho y de realización progresiva de su pleno ejercicio (Justo, 2013). La ausencia o inadecuación de medidas sobre el agua que aseguren el respeto, protección y cumplimiento del DHAS serán contrarias a las obligaciones internacionales del Estado.

e) Políticas hídricas participativas

El DHAS contiene un mandato participativo fuerte (Justo, 2013), que puede ser un instrumento útil para reducir la debilidad institucional y fortalecer la rendición de cuentas al momento de poner en práctica los marcos normativos de los recursos hídricos. Desde el principio de la progresividad característico del PIDESC y otros instrumentos relevantes, el DHAS obliga a los Estados a adoptar medidas que permitan alcanzar paulatinamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el pacto, entre las cuales sobresale el diseño de estrategias y programas nacionales encaminados a asegurar una gestión de los recursos hídricos consistente con la plenitud del DHAS.

De acuerdo al PIDESC, esos programas y estrategias no pueden ser diseñados de cualquier modo, sino que deben ser el resultado —tanto en su elaboración como en su puesta en práctica— de la participación de sus destinatarios. Las normas de derechos humanos requieren, así, la formulación inclusiva de políticas públicas y planes hídricos y con ello contribuyen a superar muchos de los inconvenientes que históricamente han impedido la plena materialización de los principios rectores de una buena gestión de los recursos hídricos. El mandato participativo que impone el PIDESC posee un valor estratégico para mejorar la gobernabilidad de los recursos porque la plena participación es fundamental para evitar falencias de diagnóstico y brindar soluciones que respondan a las necesidades reales, técnicamente viables y culturalmente aceptables, de modo de prevenir la configuración de CpA.

La participación y consulta, deben ser genuinas y no meramente formales. Los afectados deben contar con oportunidades reales de influir en el proceso de planificación y ejecución de las medidas de logro progresivo del DHAS y por lo tanto su intervención debe ser oportuna (es decir, previa a la resolución), precedida por la plena divulgación de la información relevante sobre las medidas pretendidas y previendo el otorgamiento de medios de protección útiles.

El aporte del DHAS para la gobernabilidad del agua pasa por sujetar la gestión del recurso a un régimen internacional que impone al Estado una serie de obligaciones exigibles por los titulares del derecho tanto a nivel administrativo como judicial. Las normas y prácticas internas resultan inoponibles

para excusar el incumplimiento de esas obligaciones y ello tiende a reducir la discrecionalidad de las autoridades en la materia, fomentando la participación y fortaleciendo la capacidad estatal para implementar las reglas necesarias para un manejo armónico del recurso.

2. Cooperación, integración y armonización del derecho internacional

En un mundo globalizado, el derecho internacional adquiere cada vez un mayor grado de protagonismo. Sin embargo, por su naturaleza y características propias, ese ordenamiento ha avanzado de manera dispar, fragmentaria y aislada, lo que hace que aparezca muchas veces como asistemático, incoherente e incluso contradictorio. De ello deriva que uno de los grandes desafíos del derecho sea dotar de coherencia a ese universo de normas sin jerarquía, que es el principio ordenador del derecho interno.

Debidamente integradas, las ramas del derecho internacional relacionadas con los derechos humanos, la gestión de los recursos hídricos e incluso la protección de inversiones, pueden constituir un formidable instrumento para la superación de los problemas de fragmentación territorial y sectorial en el manejo del agua. En primer lugar, los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos son directivas de base que deben presidir toda norma, sentencia o actuación administrativa relacionada con el agua, operando como un piso mínimo exigible ante todos los estamentos estatales. Esto obliga a la homogeneización de criterios, mitigando los problemas de fragmentación territorial y sectorial.

El sometimiento a los sistemas normativos y jurisdiccionales de protección de los derechos humanos conlleva el deber de acatar los parámetros mínimos de tutela que de ellos se desprenden, obligación frente a la cual el reparto interno de atribuciones —tanto territorial como sectorial— es inoponible. La imperatividad de esos estándares de protección de los derechos impide que las diversidades locales o sectoriales deriven en una desigual protección o una afectación de esos principios. Ello se acentúa al notar que los órganos encargados de controlar el respeto de las obligaciones convencionales tienen un solo obligado, el Estado nacional, que no puede invocar el federalismo o la asignación interna de competencias para justificar el incumplimiento de los Pactos. De igual modo, un poder constituido no puede invocar la acción u omisión de otro según el reparto interno para excusar un incumplimiento del tratado. En fin, ese sistema imperativo considera irrelevante la distribución interna del poder en el plano territorial y orgánico a efectos de determinar el acatamiento de los Pactos.

a) Cooperación internacional en materia de recursos hídricos

Para cumplir sus obligaciones internacionales en relación con el DHAS, los Estados tienen que respetar el disfrute de ese derecho en otros países. La cooperación internacional exige que los Estados se abstengan de cualquier medida que obstaculice, directa o indirectamente, el ejercicio del DHAS fuera de sus fronteras. En virtud de ello, las actividades que se emprendan dentro de la jurisdicción de un Estado parte no deben privar a otro Estado de la capacidad de asegurar que las personas en su jurisdicción ejerzan ese derecho.

Un ejemplo de la necesidad de mantener prácticas cooperativas en la administración de los recursos se observa en el CpA suscitado entre la Argentina y Uruguay por la instalación de plantas de celulosa en ese país cuyos desechos serían volcados al río Uruguay, curso limítrofe entre ambos Estados. La Argentina demandó a Uruguay ante la CIJ, aduciendo incumplimientos de las obligaciones contraídas en virtud del Estatuto del río Uruguay. La Argentina sostuvo que el gobierno de Uruguay había autorizado unilateralmente la construcción y operación de las plantas sin atenerse a los procedimientos obligatorios de consulta con notificación previa que disponía el Estatuto y que esas plantas representaban una amenaza para el río y su entorno y podían perjudicar la calidad de las aguas y ocasionar daños transfronterizos considerables a la Argentina.

En su sentencia, el tribunal, por mayoría, declaró que Uruguay: i) había incumplido sus obligaciones procesales de cooperación (de informar, notificar y negociar) con la Argentina y la CARU; pero, ii) no las que obligan a las partes, dentro de sus ordenamientos jurídicos respectivos, a dictar normas y adoptar medidas de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales, a fin de proteger y preservar el medio acuático y prevenir su contaminación.

Hay un considerable marco para la cooperación internacional en la región. La práctica de suscribir acuerdos específicos de cooperación sobre recursos hídricos muestra un afianzamiento donde predomina la bilateralidad, aunque exista un buen número de acuerdos multilaterales. En la región, el derecho internacional de aguas presenta una particularización muy notable que lo distingue de otros como el europeo, que cuenta con instrumentos marco generales. Sin embargo, el hecho de que existan cursos de agua que no cuenten todavía con un tratado específico y que los únicos países de la región que la firmaron (Paraguay y Venezuela) no hayan ratificado la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997, en vigencia desde agosto de 2014, es señal de que se trata de un derecho en desarrollo.

Martín, Pinto y Salinas (2013) resumen los retos de la cooperación regional en aguas transfronterizas:

- Desde la perspectiva de la regionalización, es necesaria la adopción de un régimen convencional general que permita identificar reglas aplicables a situaciones no reguladas y que contemple principios generales que faciliten la creación e interpretación de los acuerdos específicos. Las opciones al respecto son tres y de carácter complementario: ratificar la Convención de Nueva York, adherir al Convenio de Helsinki o celebrar un nuevo acuerdo regional.
- En cuanto al aspecto ambiental, los instrumentos y mecanismos de cooperación adoptados en la región han contemplado de forma accesoria el principio de preservación y conservación de los cursos de agua, al tiempo que los Estados lo han invocado en los litigios jurisdiccionales. Sin embargo, su desarrollo ha sido limitado. La necesaria profundización del contenido de esta variable puede ser conflictiva considerando que los modelos de desarrollo basados en la explotación intensiva de los recursos naturales predominan en una gran parte de la región.
- Aunque hay instrumentos que regulan un solo uso (por ejemplo, navegación), la práctica convencional de América Latina y el Caribe muestra una preferencia por consagrar mecanismos que involucran —generalmente— más de un tipo de aprovechamiento. Esa diversidad de regulación por usos no debe ir en detrimento de un enfoque de gestión integrada de los recursos hídricos que compute el cambio climático como variable determinante que exige mayor flexibilidad, capacidad de reacción y adaptación, nivel de información y coordinación. Los tratados sobre recursos transfronterizos refieren por lo general a las aguas superficiales sin incluir las subterráneas, pero la región alberga uno de los únicos tratados específicos sobre aguas subterráneas (Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní de 2010). El desafío es extender esa regulación al resto de los acuíferos e integrarla con la existente para las aguas superficiales de manera consistente y uniforme.
- Por último, la solución diplomática de los conflictos muestra que la tasa de cooperación en la región supera largamente la de los casos llevados ante cortes. Sin embargo, la persistencia de conflictos similares entre los mismos Estados y sobre las mismas aguas demuestra también que esos mecanismos de solución de controversias han carecido de eficacia y agilidad. Las alternativas pueden ir desde optar por la competencia de la CIJ hasta su sustitución por otros tribunales de carácter regional o incluso el establecimiento de mecanismos de arreglo de naturaleza arbitral. También puede dotarse de facultades jurisdiccionales a los organismos convencionales existentes.

b) Aportes del derecho internacional de aguas

El derecho fluvial internacional de aguas ha ido acuñando una serie de principios que resultan de aplicación a la solución de conflictos que carecen de una regla aplicable específica. Estos principios surgen de su reiterada inclusión en diversos tratados, de su aplicación por parte de la jurisprudencia internacional y de la *opinio iuris gentium* (derecho de gentes) que aprueban las resoluciones de organismos internacionales e instituciones científicas (Barberis, Pfirter y Querol, 2002) que han ido conformando una suerte de derecho consuetudinario en la materia.

El contenido de los principios puede diferir en el espacio y tiempo, admitiendo diversas formulaciones, pero existe bastante consenso en que comprende, al menos, el uso equitativo y razonable, la obligación de no causar perjuicio sensible, el deber de cooperación, información y consulta y el deber

de negociar y el de preservar y proteger los cursos de aguas (véase el recuadro 5). La aplicación de estos principios ofrece gran potencial para evitar y resolver los conflictos por el uso de aguas transfronterizas.

3. El rol de la comunidad

Una de las claves para la prevención de los CpA pasa por superar la rivalidad entre la protección del recurso y los intereses inmediatos de los agentes económicos, de modo que la preservación del agua sea internalizada por aquellos como una meta propia. Para lograrlo deben propiciarse mecanismos institucionales que fomenten la cohesión y pertenencia social, diferentes de la sanción o la responsabilidad y más centrados en la prevención, participación y racionalidad de la acción cooperativa.

Se necesita una nueva cultura del agua que integre debidamente a la dimensión económica del recurso las consideraciones sociales y ambientales. Esa nueva cultura está íntimamente vinculada al cambio de paradigma antes referido y se proyecta sobre múltiples aspectos de la política, la gestión y la regulación del agua, poniendo particular énfasis en el pasaje de una gestión estatal, burocrática hacia una más participativa y abierta.

En esa línea, en la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible se establece que “El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles” y según la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas ..., así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos”.

Históricamente la participación en materia hídrica se limitó a los usuarios formalmente reconocidos a través del otorgamiento de permisos, concesiones y derechos. Hoy puede hablarse de un nuevo contenido del principio participativo, ya claramente perfilado en relación al DHAS. Las modernas leyes de aguas han dado cuenta de la crisis de ese concepto tradicional y limitado de participación incorporando menciones, exigencias y a veces mecanismos de participación más amplia. Sin embargo, las administraciones hídricas, tanto como las estructuras intermedias y organismos de usuarios con las particularidades que presentan en cada país (naturaleza pública o privada, quórum para la toma de decisiones, constitución forzosa o voluntaria, etc.), han sido naturalmente remisas a ceder terreno a la participación de sujetos hasta hace poco considerados ajenos al mundo hídrico.

Es válido preguntarse en este contexto si la conflictividad se incrementa o no al empoderar o legitimar nuevos sujetos que se incorporan a la discusión por los recursos hídricos a través de canales institucionales. Lo cierto es que mantenerlos fuera de ellos no ha demostrado ser una receta exitosa, como lo evidencia la eclosión de CpA. Esos intereses relegados terminan encontrando sus canales de expresión y adquiriendo muchas veces la forma de protesta o de resistencia a los proyectos.

El incremento y complejización de los CpA supone un desafío para el diseño de las políticas y los procedimientos de participación, pues implican dar cuenta de fenómenos que evidencian el surgimiento de nuevos actores, espacios, dinámicas y alianzas. Albuquerque (2004) identifica la emergencia de una nueva cultura basada en: i) los derechos de los ciudadanos y su participación en reemplazo de la matriz discursiva asociada a las propuestas de transformación social; ii) actores ambientalistas, mujeres, indígenas o vecinos de la periferia urbana; iii) espacios de acción política referidos a temas que cortan transversalmente las clases sociales; iv) nuevas alianzas políticas, a veces pragmáticas y de difícil caracterización ideológica; y v) la valorización de la autonomía de los actores frente al Estado y los partidos políticos.

El nuevo contenido de la participación en la gestión de los recursos hídricos no debe estar destinado sólo a legitimar decisiones tomadas en forma previa en otras instancias. Sólo la participación genuina tiene efectos a mediano y largo plazo, constituyéndose en uno de los pilares de la gobernabilidad como potencial instrumento para evitar, procesar y resolver los CpA.

RECUADRO 5 PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE AGUAS PARA LA PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Uso equitativo y razonable. El principio conlleva sobre los Estados ribereños el derecho a utilizar y a beneficiarse de la porción o parte del curso de agua internacional que se encuentra en su territorio; y la obligación de hacerlo de manera que dicha utilización sea equitativa y razonable; esto es, sin sobrepasar los límites de su derecho a esa utilización y sin privar a los otros Estados de la misma. Procura que los Estados ribereños accedan a una participación que —aunque no igualitaria— resulte equitativa y razonable en el marco de las circunstancias fácticas del caso. La equidad no implica igual participación, sino que en cada caso puede determinar derechos de aprovechamiento de alcance diferenciado, de modo que lleve a un equilibrio en la satisfacción de los intereses de cada Estado. No se desconoce el principio de igualdad entre los Estados, pero ello no significa que el derecho de participación sea idéntico para cada uno de ellos, debiendo todos los Estados acceder a los beneficios en una proporción razonable en función de sus necesidades. Es decir, la participación es equitativa en orden a los intereses de los Estados, y razonable si, atendiendo dichos intereses, se logra un aprovechamiento óptimo y sostenible del curso de agua, lo que conlleva obligaciones de cooperación en su protección y aprovechamiento. La equidad y razonabilidad deben determinarse en cada caso concreto, tomando en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes: i) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros; ii) las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua; iii) la población que depende del mismo; iv) los efectos que el uso del curso de agua en uno de los Estados produzcan en otros; v) los usos actuales y potenciales del curso de agua; vi) la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos y el costo de las medidas adoptadas al efecto; y vii) la existencia de alternativas de valor comparable respecto del uso particular actual o previsto.

Obligación de no causar perjuicio sensible. Constituye una manifestación particular del principio general del derecho *sic utere tuo ut alienum non laedas* (utiliza lo tuyo sin perjudicar a lo ajeno). Algunas convenciones se han referido también a un daño "sensible", "grave" o "sustancial" como el umbral o límite más allá del cual pueden nacer pretensiones jurídicas. Sin embargo, no constituye un principio de indemnidad, dado que los Estados deben soportar las incomodidades de carácter menor que se ocasionen como producto de la vecindad. La determinación del "daño sensible" supone tanto unos criterios fácticos y objetivos —en orden a la cuantificación de la gravedad material del daño— como un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formó ese juicio. Esta valoración es una exigencia para asegurar que realmente exista un interés jurídico vulnerado que justifique la intervención, evitando que vagas alteraciones terminen por impedir toda actividad en salvaguarda de un *status quo* que obtura todo nuevo desarrollo. Este principio se relaciona fundamentalmente a las cuestiones de calidad de las aguas o de impacto ambiental, pero no así a las propias de la regulación de caudales, donde actúa encauzado por el principio de la participación equitativa y razonable.

Deber de cooperación, información y consulta. Constituye un principio general del derecho internacional que exige que en las relaciones de vecindad los Estados no sólo eviten situaciones en su territorio que puedan perjudicar a sus pares (contenido negativo), sino que además impone un contenido positivo como expresión de cooperación transfronteriza para el cumplimiento de objetivos e intereses comunes. El contar previamente con la información del proyecto y la posibilidad de opinar al respecto resultan imprescindibles para que el Estado ribereño pueda determinar si un uso del curso de agua compartido que se practicará en otro Estado ha de causar un impacto sensible en su territorio o si se amolda al uso equitativo y razonable del curso de agua. Relacionadas con los principios de uso equitativo y razonable y de la prohibición de causar daño sensible, aparecen tres obligaciones hacia los demás Estados ribereños: i) informar cualquier cambio acaecido y relevante de las circunstancias a tener en cuenta en la realización objetiva de la norma de la utilización equitativa y razonable; ii) notificar, antes de proceder a su ejecución, todo proyecto de nuevo uso o medida que pueda causar un efecto perjudicial sensible en otro Estado; y iii) comunicar rápidamente cualquier accidente o situación de emergencia que pueda afectar a otros Estados. La cooperación en relación a los cursos de agua se manifiesta no sólo a través de la información y consulta sobre futuros proyectos, sino también a partir del estudio e intercambio de datos sobre el curso en sí, e incluso el estudio conjunto entre los ribereños.

Deber de negociar. En el marco cooperativo que impone la comunidad de intereses sobre el curso compartido, los Estados se encuentran en la obligación de negociar, en cuanto medio instrumental que permite establecer la equidad y razonabilidad del uso del curso de agua. La necesidad de negociar de buena fe implica que las partes deben tener en consideración los intereses recíprocos y tratar de conciliarlos efectivamente. Pero la ausencia de acuerdo no conlleva limitación a la soberanía de ninguna de las partes, las que pueden continuar sus cometidos. La negociación, como relación tendiente a acordar una solución concertada, no presenta un horizonte temporal preestablecido como regla de derecho internacional. Son las circunstancias del caso a la luz de la buena fe las que muestran hasta dónde es razonable su continuidad. La conclusión de la relación negocial puede deberse a un acuerdo —en el caso de que la negociación sea exitosa—, o al desistimiento del proceso negocial por entenderse que el mismo se ha agotado sin posibilidad de concertación. En el primero de estos casos, es posible que las partes formalicen su compromiso mediante la celebración de un tratado u otra forma obligacional, mientras que en el segundo, pueden someter su diferendo a otros mecanismos pacíficos de solución de controversias —como puede ser un acuerdo arbitral o a la CIJ—.

Deber de preservar y proteger los cursos de aguas. Producto de la interacción entre las fuentes del derecho internacional, la obligación de prevenir el daño ambiental transfronterizo constituye un principio básico del derecho internacional ambiental. Como manifestación del mismo, el deber de proteger y preservar los cursos de agua se conforma como una obligación específica derivada de los principios anteriores, tanto a la hora de considerarse el uso equitativo y razonable de un curso entre los ribereños, como a la de apreciar la inexistencia de daño sensible, o de generar vínculos cooperativos o negociales. El Convenio de Helsinki vincula el análisis del daño transfronterizo a la materia ambiental, expresando la necesidad de prevenir la contaminación de las aguas del curso compartido, e incluso de recomponer la existente, a efectos de evitar incumplir la obligación de no causar perjuicios sensibles.

Casi no se cuestionan las exigencias genéricas de participación, pero es común que se pongan en duda los instrumentos y medios para llevarla a la práctica. Los mecanismos meramente consultivos no generan mayor controversia, mientras que cuando al resultado de esos instrumentos se le atribuye carácter vinculante, sí resultan más resistidos. Algo similar ocurre cuando se propone la participación en órganos directivos, ejecutivos o con poder de decisión por contraposición a los meramente consultivos.

En la medida en que las políticas y los procedimientos participativos no dan cuenta de sus debilidades, carecen de autenticidad y tienen por exclusivo objeto la legitimación de decisiones tomadas con antelación por otros, la apatía y desconfianza social hacia esas instituciones crece. Y he aquí el dato crucial: la injerencia de los afectados no cesa por el hecho de que no existan mecanismos auténticos de participación; simplemente ella se canaliza por fuera de ellos, transformándose en protesta y adquiriendo forma de resistencia social que, en vez de reducir los CpA, los agrava.

El principal aporte del principio de participación para la prevención y solución de los CpA consiste, entonces, en la contención de las resistencias a través de su procesamiento institucional, todo lo cual permite mejores diagnósticos y la generación de compromiso e involucramiento para lograr prácticas sociales sustentables.

a) Limitaciones del enfoque dominial sobre los recursos hídricos

En la región, el régimen jurídico de los recursos hídricos fue estructurado en torno de la propiedad sobre las aguas, es decir, desde el enfoque dominial. El sistema se organizó sobre la base de la distinción entre aguas de dominio privado y público, y de un sistema de derechos administrativos de uso sobre estas últimas. Al tratarse de un régimen centrado en la idea de propiedad, la justificación de la capacidad regulatoria del Estado sobre los recursos hídricos se fundaba en una apropiación del recurso en su cabeza que llevaba a una identificación de lo común con lo estatal.

Esa estructura legal fue el resultado de una larga evolución histórica. El modelo jurídico romano de *res communes*, que permitía el uso libre de las aguas como un derecho natural de todos los ciudadanos, fue abandonado progresivamente luego de la Edad Media a favor de un régimen de propiedad estatal como excepción frente a la regla de la propiedad privada. Esta elección llevó necesariamente a la creación de un sistema administrativo de derechos de agua, en el que se veda la apropiación individual del agua y sólo se reconoce a los particulares la posibilidad de acceder a derechos de uso conferidos por el Estado mediante permisos o concesiones temporales y revocables, ubicando al Estado como titular exclusivo del reparto del bien.

La gestión del recurso hídrico se asentó, de ese modo, con base en dos pilares: propiedad estatal de las aguas y sistema administrativo de derechos sobre ellas. El punto de partida de un marco regulatorio derivado de esa propiedad implica, primero, que los bienes incluidos en dicho régimen son inalienables y se encuentran fuera del comercio, por lo que el Estado nunca pierde el control sobre ellos. En segundo lugar, significa que el uso de esos bienes: i) debe estar de acuerdo con su destino; ii) está sujeto a una autorización administrativa condicionada y temporal que normalmente no puede ser transferida, sea circular en el mercado, sin el consentimiento de la autoridad otorgante; y iii) en muchos casos, conlleva el pago de un canon o regalía al propietario público.

En ese modelo, tanto el diseño de las reglas de utilización, como la posibilidad de hacerlo en concreto y la fiscalización de esa actividad se encuentran exclusivamente en cabeza del Estado. La razón estructural que se ensayó para dar sentido al sistema es que el Estado es el dueño del agua. Lo anterior implicó sujetar la gestión de los recursos hídricos a una ordenación burocrática y reconocer a la ciudadanía una limitada injerencia.

La evolución que deriva en el sistema administrativo de derechos, se centra en torno a una estructura institucional de actores estatales y no estatales (limitada en su composición a los usuarios formales y las organizaciones que los nuclea) que fija y aplica las reglas de gestión de los recursos hídricos. Bajo el paradigma del Estado-dueño no se reconocía a los ciudadanos la posibilidad de exigir determinadas pautas de gestión del recurso, no se los empoderaba para incidir, sino que se los concebía como meros receptores pasivos de decisiones de los únicos participantes del sistema.

En el modelo tradicional el elenco de sujetos con incidencia en la gestión es, en definitiva, muy limitado y la razón para ello reside —precisamente— en la preeminencia de la lógica dominial: sólo aquellos que gozan de un título formal sobre el recurso pueden ser participantes del sistema de gestión hídrica, lo cual deja adentro solamente al dueño (Estado) y a su único interlocutor (el titular de derechos de uso otorgados administrativamente). En ambos casos sólo se reconoce capacidad de incidir en la gestión del recurso en virtud de la existencia de un título jurídico particularizado, ya sea un derecho sobre el agua de carácter individual surgido de una concesión o permiso, o bien de la propiedad estatal.

El avance del paradigma ambiental ha dado lugar a críticas a ese enfoque dominial del agua y sus consecuencias en materia de participación. Se pregona en la actualidad la existencia de una categoría de bienes colectivos que no pertenecen al Estado ni a los particulares en forma exclusiva, y que no son susceptibles de ser divididos en partes que permitan afirmar sobre ellas la titularidad individual de un derecho dominial (Lorenzetti, 2008). La propuesta de la noción de bienes colectivos enfatiza la pertenencia social y transindividual de los recursos hídricos y no admite una titularidad exclusiva en cabeza del Estado. Al mismo tiempo, se habla de un bien social o colectivo gestionado fiduciariamente por el Estado o la posibilidad de recurrir a la figura del usufructo del patrimonio medioambiental como forma de compatibilizar el uso actual con el de las generaciones futuras (Sambon, 2006).

Bajo el paradigma dominial, los únicos sujetos que tenían incidencia en la gestión del agua eran el Estado-dueño y el titular de derechos administrativos conferidos por aquel, a quien se reconocía capacidad de formular peticiones y reclamos asociados al recurso (véase el recuadro 6). Como producto del avance de la perspectiva ambiental, la referencia para esa capacidad poco a poco deja de estar exclusivamente en la titularidad de un derecho individual surgido del permiso estatal y los marcos regulatorios han empezado progresivamente a reconocer legitimación respecto de los recursos hídricos a cualquier persona que acredite interés razonable y suficiente en defender los intereses colectivos o difusos asociados a ellos. Es claro en la actualidad que el interés público involucrado en la utilización de las aguas públicas no puede más ser definido exclusivamente por el Estado, cuyos intereses no siempre resultan coincidentes ni pueden ser identificados con los del público, sino que deben definirse mediante procesos que en mayor o menor medida garanticen la participación de agentes no estatales¹⁴.

De ese modo, el aspecto clave del impacto del paradigma ambiental en la lógica dominial tradicional de cara a la prevención de los CpA es la superación de la mirada centrada exclusivamente en la propiedad del agua y la consiguiente ampliación del elenco de sujetos con capacidad de incidir en la gestión de los recursos hídricos. Esa labor ya no recae de forma exclusiva en la burocracia institucional del agua. Esta concentración de poder en el Estado y en los usuarios formales no dio los resultados esperados, ya sea por falta de acción pública o por influencia excesiva de los grupos de presión. En este escenario, el Estado debe asumir un rol regulador más robusto, especialmente en materia de planificación estratégica y gestión integrada del agua. Además, es necesario descentralizar ese papel y la apertura de la legitimación cumple ese rol, desde que todas las personas que representan intereses asociados a la preservación de los recursos hídricos tendrán reconocida la capacidad de formular peticiones y de reclamar que su voz sea escuchada en la formulación y ejecución de políticas públicas.

La efectividad de los sistemas de gobernabilidad de los recursos comunes no depende tanto de quien es su dueño (Cole y Ostrom, 2010), como de los sujetos que pueden propiciar las medidas tendientes a su conservación; es decir, de la generación de esquemas de gestión que eviten que los bienes comunes queden a merced de la acción o inacción de un universo reducido de sujetos. Estas esquemas deben apoyar y complementar el rol regulador fortalecido del Estado, especialmente en materia de planificación hídrica y gestión integrada del agua.

¹⁴ La definición del concepto de interés público como justificativo ineludible de la utilización de los recursos hídricos públicos reviste notable complejidad. Superadas las concepciones subjetivistas que postulaban la identificación de los intereses públicos con los intereses del Estado, o su identificación sin más con intereses sectoriales o corporativos, se ha formulado una concepción sustancialista a partir de la cual se propone hablar de intereses públicos concretos, de interés público en plural, y de intereses públicos heterogéneos. Con lo cual el problema se traslada en buena medida a los mecanismos y procedimientos para la determinación de ese interés y al valor o la función que a él se reconozca con posterioridad (Martín, 2010).

RECUADRO 6

USOS TRADICIONALES Y OBRAS DE INFRAESTRUCTURA: EL CASO DE YACIRETÁ

En el caso Ramírez de 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) trató el reclamo indemnizatorio iniciado por un pescador comercial en el río Paraná, quien demandó a la Entidad Binacional Yacyretá por el quebranto de su actividad a raíz de la construcción de la represa Hidroeléctrica Yacyretá. Inicialmente, los tribunales provinciales consideraron que se había probado el daño cierto y real en el patrimonio del actor, evidenciado en el deterioro de su actividad debido a la ausencia de peces en cantidad y calidad necesaria para su explotación comercial en el río y que ese daño había guardado relación causal con el accionar de la entidad binacional, toda vez que la omisión en el desarrollo de una actividad preventiva fue capaz de ocasionar “en términos de previsibilidad” el daño producido.

La CSJN dejó sin efecto la sentencia y rechazó el reclamo indemnizatorio del pescador. Para ello sostuvo que: i) únicamente la pérdida o el sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio son susceptibles de generar un derecho al resarcimiento; y ii) no puede entenderse que exista en cabeza del pescador un derecho o interés con esas características, basado en el supuesto deber del Estado de mantener una determinada cantidad y calidad de especies de peces en el río Paraná, pues de otro modo, se extendería de manera irrazonable la responsabilidad del Estado al punto de constituirlo en garante de ventajas económicas sin que exista deber legal de hacerlo. Es decir que para la Corte la disminución de peces en el río Paraná no se traducía en un daño en el patrimonio del pescador, al no ser aquellos de su propiedad. Ello es así pues tanto el Paraná como su contenido son parte del dominio público, que no es propiedad singular de nadie. Y tampoco existía una obligación estatal de mantener una determinada cantidad o calidad de peces en el río pues postular ese deber sería ubicar al Estado como garante de ventajas económicas sin estar obligado a ello.

Propiciando la ratificación de la condena a la Entidad Binacional Yacyretá, el voto minoritario puso de resalto diferentes argumentos, cuyo valor reside en computar la importancia de los usos consuetudinarios del recurso: i) el deber de preservar los recursos hídricos y sus especies es especialmente exigible cuando ellos son fuente tradicional de industria artesanal de las personas físicas y constituyen una fuente de trabajo que hace a su supervivencia y a la de sus familias, considerando que el trabajo goza de la protección constitucional; ii) la pérdida de la fuente de trabajo tradicional y casi artesanal de una persona es equiparable, bajo parámetros humanitarios, a la incapacidad laboral, dado que no es exigible que quien ha trabajado décadas en el ejercicio lícito y regular de una industria, por un acto irregular del Estado sea obligado a adquirir otras capacidades sin reparación alguna; y iii) en el caso de que una determinada política pública genere, como contrapartida, un grupo vulnerable y desfavorecido, la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas, logro que jamás podrán alcanzar si no se encuentran satisfechas sus necesidades básicas y mínimas, que resultan inherentes a su condición de seres humanos.

El abordaje del caso por las dos líneas dentro de la CSJN expresa las tensiones entre el paradigma tradicional de los recursos hídricos y las nuevas tendencias. Desde la perspectiva patrimonialista no existía un derecho del pescador al mantenimiento de la cantidad de peces por cuanto el río no era de su propiedad, pero desde el respeto a los usos consuetudinarios del recurso estaba claro que existía una privación de derechos que debía ser compensada.

Fuente: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN).

b) Implicancias prácticas del cambio de enfoque

Primero, expande y amplía la responsabilidad y la capacidad de incidir en la gestión del recurso desde el Estado a la sociedad civil. El Estado pasa a tener un rol de ejecutor fiduciario de los intereses de las generaciones actuales y futuras en relación al agua. Esto implica abandonar un modelo cerrado de gestión, en el que la sociedad civil es un mero receptor de las decisiones tomadas sin su participación.

Segundo, amplía el elenco de sujetos capaces de monitorear y fiscalizar una gestión sustentable del agua, mediante la apertura de su legitimación procesal para formular peticiones administrativas y judiciales en relación al recurso. Esta expansión tiene un efecto adicional de optimización del acceso a la justicia por parte de los grupos menos aventajados, pues posibilita acciones de clase con efectos *erga omnes*; es decir, juicios iniciados por un determinado grupo de personas cuyos efectos se extienden a todos los sujetos en la situación de los demandantes. La dificultad que presenta el individuo de escasos recursos para acceder a la justicia es entonces parcialmente subsanada por la actuación de organizaciones no gubernamentales legitimadas que pueden actuar en su representación. De ese modo, la perspectiva colectiva habilita una incidencia directa en las políticas de gestión de los recursos hídricos a través de la litigación estructural.

Tercero, genera un incentivo directo para la protección y preservación del agua mediante la ampliación de los potenciales titulares de un reclamo de daño ambiental colectivo. Una de las claves para superar los CpA debe ser el fortalecimiento de los mecanismos preventivos y de la responsabilidad por contaminación y el consiguiente deber de recomponer el perjuicio ocasionado al ecosistema. La práctica aquí propuesta permite reforzar el funcionamiento de esa responsabilidad, pues expande el elenco de potenciales demandantes. Antes al contaminador podía apostar a la ineficiencia estatal para controlar la contaminación o —en su caso— esperar algún reclamo de aquel, como único legitimado. La

relación era binaria pero eso cambia con la perspectiva colectiva inherente al paradigma ambiental. Así resulta mucho más difícil para quien contamina el agua capturar a un universo indeterminado de sujetos. De ese modo, el enfoque optimiza la protección contra la contaminación del recurso por medio de la responsabilidad por daño ambiental colectivo y el consiguiente deber de recomposición.

Cuarto, confiere a los ciudadanos un rol protagónico que implica consagrar los deberes, y no sólo derechos, de cada uno de ellos respecto de los recursos hídricos: “La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos ... Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (CSJN, Mendoza, 2006).

Quinto, reduce la incidencia del síndrome “*Not In My Back Yard*” (no en mi patio trasero), por el cual las poblaciones locales se oponen al desarrollo de ciertos emprendimientos en sus territorios, pero no rechazan que el mismo proyecto se haga en otro lugar ni tampoco están dispuestos a renunciar a los beneficios que ciertas prácticas suponen para la sociedad. En efecto, la mirada ambiental que trasciende la idea de propiedad del agua permite fortalecer las acciones y resistencias a favor del recurso hídrico, pero también plantea un límite clave para una idea muy arraigada en las poblaciones y que genera muchos CpA: los recursos hídricos no son de propiedad de las comunidades locales en cuyo territorio se hallan. Son bienes en cuya gestión no sólo importa la voz local ni se trata de una simple cuestión de cercanía territorial. La comunidad local puede argumentar desde los derechos afectados por un proyecto, pero no desde la propiedad del recurso.

4. Acceso a la información

Una de las grandes fuentes de los CpA es la falta de conocimiento del público sobre el estado de los recursos hídricos y el impacto de las intervenciones humanas sobre ellos, que se conjuga con asimetría informativa, captura y falta de credibilidad de los organismos técnicos estatales y de los propios medios de comunicación: la brecha informativa se encuentra en dos tercios de los países analizados (9 de 12) (OCDE, 2012). Por ello, el acceso a la información relacionada con los recursos hídricos constituye un aspecto fundamental para prevenir o superar este tipo de disputas.

La importancia capital que presentan los recursos naturales para las economías de la región contrasta con la muy escasa atención que los gobiernos prestan a su investigación, conocimiento e inventario como presupuesto necesario de un manejo adecuado y sustentable que permita continuar la explotación, dadas las condiciones de dependencia estructural con relación a ellos.

La información sobre los recursos hídricos debe ser pública y compartida entre los particulares y el Estado, puesta al servicio de la gestión integral del recurso para contribuir a la seguridad jurídica y protección tanto de los grandes como de los pequeños usuarios. No puede ser patrimonio de particulares ni limitarse a la protección y consolidación de los derechos adquiridos de grandes usuarios.

Es clave que la información parta de criterios comunes, para evitar la recurrente aparición de datos diametralmente opuestos. La resolución y prevención de conflictos entre usuarios de agua depende de la confiabilidad de la información, para lo cual sería ideal generar bases de datos compartidas, organizadas por cuenca, conteniendo información sobre cantidad, calidad y demanda de agua por usos y usuarios, vida silvestre y las comunidades humanas, y que esta información sea la base para la toma de decisiones tanto administrativas como judiciales (Solanes y Getches, 1998). Ello permitiría contrarrestar los efectos adversos que produce, por un lado, la tendencia a retacear información relevante y “real”, y la proliferación, por el otro, de información no fidedigna o directamente manipulada en los grupos de interés especial. La combinación de un exceso de información carente de rigor con el limitado acceso a aquella relevante y confiable es una fórmula segura para el surgimiento de un CpA.

El acceso ciudadano a la información mediante canales apropiados es, de ese modo, un elemento institucional fundamental para minimizar los CpA. La información es el factor que atraviesa en forma transversal a este tipo de controversias. Los desacuerdos sobre ella suelen ser muchas veces la causa que

da nacimiento al CpA y el factor que traba su resolución, en especial debido a la pérdida de credibilidad sobre la imparcialidad e independencia de las instituciones públicas. El manejo de información divergente entre los actores, el ocultamiento de datos en torno a un proyecto determinado, las trabas para el acceso por parte de autoridades y el manejo tendencioso o sesgado de información por operadores del conflicto constituyen algunas de las principales causas de escalada en los CpA (Schatz, 2010).

No es casual, entonces, que uno de los mayores reclamos de las poblaciones en territorios de extracción de recursos naturales sea el insuficiente acceso a la información completa, adecuada y de calidad. Muchas veces el Estado deja en manos de las empresas interesadas la responsabilidad de informar a las poblaciones respecto del proyecto y los posibles impactos. Este traspaso de responsabilidades genera mucho más desconcierto y desconfianza por la ausencia de las instituciones del Estado que deberían ejercer esa función (Aranibar, Chaparro y Salgado, 2011).

El EBDH ofrece importantes instrumentos para luchar contra esa falta de acceso a la información. La jurisprudencia de la Corte IDH ha otorgado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente a través de la explicitación de su alcance social. Ese abordaje colectivo de estas libertades ha permitido dotar de una especial fuerza al acceso a la información pública como uno de los derechos incluidos dentro del ámbito de tutela de la disposición.

Así, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” y dentro de esa concepción ha cobrado una especial relevancia la información estatal o en poder del Estado¹⁵, puesto que de su buen conocimiento por parte de la ciudadanía dependen las posibilidades de participar y controlar adecuadamente las acciones del gobierno y el real cumplimiento de sus fines. Sobre tal premisa, la Corte IDH ha forjado una directiva preeminente y determinante, conocida como principio de “Máxima Divulgación”, por el cual se entiende que toda la información en poder del Estado es accesible. Ese acceso resulta una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades en una sociedad democrática, y se encuentra sólo sujeto a un sistema restringido de excepciones.

De la aplicación de ese principio surgen una serie de reglas y pautas interpretativas fundamentales. En primer término, corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control lo ha hecho de manera compatible con las normas interamericanas sobre la materia. La carga de demostración contiene un doble aspecto, pues el Estado no sólo debe acreditar que la restricción se relaciona con uno de los objetivos legítimos que la habilitan (prueba de legalidad), sino también que la divulgación de datos que pretende impedirle ocasiona un perjuicio a esos objetivos que es mayor al interés público comprometido en su disponibilidad (prueba de proporcionalidad).

Esta imposición de la carga probatoria es de vital importancia, dado que supone que en los casos “dudosos” debe entenderse que la información es pública y por lo tanto accesible para el particular. El particular no está obligado a justificar su pedido de información ni a acreditar un interés directo o afectación personal para su obtención. En definitiva, el principio de máxima divulgación trae aparejado la presunción de publicidad de toda información estatal, el consecuente traslado de la carga argumentativa y probatoria de las restricciones hacia el Estado y la disponibilidad efectiva y absoluta de todos sus registros y datos para cualquier ciudadano.

Es importante destacar que el principio de máxima divulgación no sólo ampara el derecho de las personas a recibir información gubernamental, sino que conlleva la obligación positiva del Estado de suministrarla. Ello implica que el Estado no sólo debe abstenerse de imponer obstáculos a la llegada del público a esos datos, sino que se encuentra compelido a la adecuación de las prácticas legislativas, administrativas y jurisdiccionales internas de manera tal de hacer efectivas la disponibilidad y accesibilidad de su información y garantizar transparencia real en su procesamiento. En muchos casos,

¹⁵ La expresión “información estatal o en poder del Estado” puede resultar de mayor utilidad que la alusión a la “información pública”, pues las serias limitaciones materiales y normativas que existen en acceso, conocimiento y divulgación de la información oficial, hacen que ese último concepto aparezca como una noción materialmente difusa y en algunos casos contradictoria.

esto implica el deber de generar y difundir de oficio la información relacionada con proyectos de impacto en la comunidad. Esto es muy importante, pues en gran cantidad de ocasiones el problema no es tanto el acceso como la existencia o disponibilidad misma de información y esta faceta del principio de máxima divulgación obliga al Estado a generarla.

Además, la disponibilidad de información oportuna y relevante es clave para estimular la participación de los interesados en la gestión del agua y para que este proceso sea efectivo. Por lo tanto, deberían estar disponibles para el público informes oficiales e inventarios de fuentes de aguas y abastecimientos, registros y antecedentes de usos de agua y descargas de aguas servidas, derechos de aguas y sus titulares (GWP, 2000). En ese marco, el principio referido constituye una herramienta clave para revertir la desatención estatal hacia los registros y catastros de aguas, en la medida en que esa desatención se traduce en una afectación a esta garantía que conlleva responsabilidad internacional.

Por otra parte, y en lo que hace al funcionamiento de las autoridades de aguas, también constituye una obligación positiva del Estado el dotarlas en todos sus niveles de una adecuada estructura que viabilice la disponibilidad, recolección y difusión de sus registros y datos. Muchas veces los obstáculos que operan en este plano responden ya no a condicionamientos normativos, sino a limitaciones estructurales que contribuyen a dificultar o impedir la publicidad de la información estatal. Así, es habitual que el personal de las reparticiones no cuente con la capacitación ni con los recursos necesarios para satisfacer esa demanda, lo que en los hechos se constituye en un límite material que debe ser superado efectivamente por el Estado a través de la adopción de medidas positivas.

Por ello, resulta fundamental que los Estados adecúen sus prácticas administrativas de modo de garantizar el acceso efectivo a la información. Ello incluye, al menos: i) evitar la imposición de costos excesivos al solicitante que puedan traducirse en un obstáculo al acceso, tendiendo hacia la gratuidad como principio; ii) asegurar que la información sea adecuadamente procesada y presentada por el Estado, para facilitar su comprensión por el público; iii) garantizar la accesibilidad de la información aún cuando se vincule con compañías privadas, cuando ellas desarrollen actividades de interés público; y iv) propender a la unificación de las fuentes informativas, a fin de evitar inconsistencias.

5. Equidad intergeneracional

La visión productivista tradicional propició un sistema anclado en la titularidad pública del recurso y en la posibilidad de su adjudicación para usos exclusivos desde la faz privada. Hasta fines del siglo XX, esa interacción entre la apropiación individual del recurso y las necesidades públicas, era pensada siempre dentro de una misma generación. Se prescindía así de las consecuencias que operan en el mediano y largo plazo con cada intervención humana en el agua.

La creencia en el carácter inagotable de los recursos hídricos llevó a no computar las variables inter-temporales de las intervenciones en ellos. A esa idea, basada en una limitada capacidad de observación, se sumaban las dificultades de la concepción filosófico-política contractualista para incluir a las generaciones pasadas, presentes y futuras dentro de una misma comunidad ética, con obligaciones y deberes correlativos.

En efecto, en la lógica contractualista la celebración de los acuerdos siempre ha sido entendida como realizada entre agentes actuales y en términos de reciprocidad, desconectando la generación actual de su inserción histórica. La consecuencia más directa de este tipo de concepciones es la artificial visión del hombre como un sujeto aislado y una idea de la justicia conmutativa sincrónica; esto es, considerando que las compensaciones de sacrificios y beneficios se producen dentro de una cohorte y en el mismo momento, como si la única transacción de costos y beneficios se produjera entre los participantes, sin afectar a quienes vendrán en el futuro (Moffa, 2012).

A partir del fenómeno de destrucción del medio ambiente iniciado con la revolución industrial, ese abordaje estático varió dramáticamente. Hablamos ahora de un vínculo ético entre generaciones que agrega dinamismo al análisis y nos obliga a computar las necesidades de personas cuyos padres no han nacido aún. Nos hemos visto forzados a asumir una tendencia de cada generación a privilegiar sus deseos aún a expensas de quiénes vendrán y por eso no ha quedado otra opción que explícitamente resguardar sus intereses. Más aún, esa tendencia a priorizar los beneficios actuales muchas veces es a

expensa de los intereses futuros de los propios usuarios actuales, lo cual demuestra la presencia de un desafío inclusive previo al de la tutela de las generaciones por venir. Hacen allí su aparición los derechos de las próximas generaciones.

De modo que hemos pasado de un sistema donde los sujetos esenciales eran los individuos en interacción con el interés público pensados de modo estático (generación actual) a un régimen donde el protagonismo lo tiene la comunidad, tanto actual como futura. La visión productivista omitía toda consideración de la conexión entre las generaciones, que quedan libradas a la suerte que les depare esa instantaneidad dentro de su propio contexto temporal. La explotación de los recursos hídricos no encontraba un límite derivado del principio de equidad intergeneracional y por ende no existían restricciones relacionadas con la sustentabilidad. Esa omisión terminó por comprometer en muchos casos el carácter renovable del recurso, al menos de un modo proporcional a las demandas de la sociedad. Por el contrario, hoy prevalece la noción de desarrollo sustentable, entendido como “aquel que satisface las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (CMMAD, 1987).

En el nuevo modelo, los actores de la gestión del recurso han variado. Su protagonista no es ya el individuo aislado temporalmente, sino una comunidad conectada generacionalmente y ligada por vínculos éticos y normativos. En esa relación, las autoridades y los agentes privados deben velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras, lo cual se traduce en límites tangibles a la gestión del agua. Las generaciones futuras se incorporan como un nuevo actor, cuyos intereses vienen a limitar las políticas públicas actuales y obligan a gestiones sustentables. Dicho de otro modo, las generaciones futuras son un sujeto clave del nuevo Estado de derecho y por tanto de los CpA, haciendo necesario que las instituciones contemplen mecanismos y designen funcionarios encargados de defender los intereses de ese sujeto que no puede defenderse porque no ha nacido aún.

Obviamente, las dificultades que supone el reconocimiento de esa subjetividad a las generaciones futuras en materia de representación y deberes fiduciarios son mayúsculas (Gordillo, 2006). Pese a ello, el rol de los tribunales, así como de los ombudsmen e instituciones similares, cuestionando medidas estatales por afectar a las generaciones futuras, da cuenta de la incidencia concreta de estos intereses en la gestión actual del recurso.

6. Gestión integrada de los recursos hídricos

La gestión integrada del agua es un paradigma que apunta a superar una comprensión de los usos del agua dissociada de su interacción con otros recursos naturales y con intereses económicos, sociales y ambientales, así como con las fases del ciclo hidrológico, diferentes usos, la territorialidad de las cuencas o la demanda y oferta. Estos aspectos no son compartimentos estancos.

Existe amplio consenso sobre la necesidad de implementar una gestión integrada de los recursos hídricos. Una de sus definiciones más aceptadas se refiere a un proceso que promueve la gestión y el desarrollo coordinados del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar social y económico resultante de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales (GWP, 2000). En la agenda de desarrollo post-2015, la gestión integrada de los recursos hídricos se considera una herramienta para poder lograr un desarrollo justo y sostenible con el medio ambiente, en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

La gestión integrada de los recursos hídricos tiene por objetivos tanto reducir el nivel de los CpA como proporcionar los medios para solucionarlos, incluyendo la coordinación de una variada gama de aspectos de la gestión del agua: usos, intereses económicos, sociales y ambientales, fases del ciclo hidrológico, entre otros (Solanes y Jouravlev, 2005). Si bien hace tiempo que se viene impulsando el enfoque de gestión integrada en la región y la mayoría de las autoridades de aguas se encuentran familiarizadas con sus conceptos principales, al tiempo que prácticamente todas las leyes reformadas en la última década consagran de una u otra manera sus principios e institutos (Hantke-Domas, 2011), la implementación en la práctica de esta visión resulta mucho más difícil. Por lo pronto, es posible identificar en la gestión integrada la promoción de los siguientes cambios:

- La utilización sin límite y hasta el agotamiento del recurso da paso a un uso racional y sustentable cuyo presupuesto es la conservación del agua. Así, se avanza del enfoque cuantitativo a las visiones cualitativas y cuali-cuantitativas sobre el recurso, que atienden no sólo la cantidad de agua disponible sino a su calidad y a la mutua implicancia que tienen.
- Las limitaciones evidentes de las políticas centradas de modo excluyente en la oferta se superan a partir de enfoques que la combinan con la gestión de la demanda. Por su parte, la consideración exclusiva de mecanismos de asignación del agua se complementa con el diseño de dispositivos de su reasignación.
- La disociación de las aguas superficiales y subterráneas deja lugar a la consideración unitaria del ciclo hidrológico que las administra en forma conjunta y en función de las interacciones.
- La utilización fragmentada por usos y sectores da paso a la gestión integrada por cuencas o grupos de cuencas interconectadas, capaz de incorporar intereses diversos y enfatizando su uso múltiple y sucesivo.
- La planificación rígida comienza a ser reemplazada por una planificación dinámica, flexible y adaptativa capaz de evolucionar al ritmo de la economía y sociedad pero también de factores como el cambio climático que introducen un importante grado de variabilidad e incertidumbre.
- La gestión exclusiva estatal y corporativa muestra sus limitaciones frente a una gestión abierta con participación de los usuarios y la sociedad en su conjunto en el diseño, implementación y evaluación de las políticas de gestión del agua.

La mayoría de las opiniones coinciden en la transformación de estos presupuestos pero la realidad demuestra que los antiguos cánones todavía priman en muchos países y en todos los niveles. Frente a esa brecha de efectividad, del EBDH fortalece la gestión integrada, configurándola como una premisa de funcionamiento y no como una alternativa discrecional. No hay posibilidad de manejo sustentable, como exigencia derivada de los derechos humanos, sin gestión integrada.

Es posible, así, desarrollar una sinergia entre los abordajes provenientes de la gestión integrada del agua y el EBDH: por un lado, la función integradora del primero ancla el segundo en el contexto físico del manejo de los recursos hídricos y ayuda a mitigar ciertas ambigüedades que éste presenta. Por otro lado, el EBDH proporciona orientación fundamental para aumentar la equidad en los procesos de reforma de la gestión del agua y ofrece recursos discursivos vigorosos contra los desequilibrios estructurales dentro de los marcos de gestión integrados (Tremblay, 2010).

7. Consentimiento libre, previo e informado

El primer ingrediente para el surgimiento de un CpA aparece cuando se excluye a las comunidades de la participación en los procesos de toma de decisiones sobre los recursos naturales existentes en sus territorios (Lapante y Spears, 2008). El control comunitario de los recursos y el derecho de los miembros de la sociedad para controlar la dirección de sus vidas —materializados en reclamos de acceso a los beneficios de la explotación o de rechazo a la recepción de sus externalidades negativas— suelen estar en el centro de las pretensiones y resistencias que constituyen el objeto de los CpA.

Por ejemplo, el crecimiento de la inversión en minería ha sido directamente proporcional con el incremento de los CpA en torno a las industrias extractivas. Las causas de esta oposición social son variadas. Primero, antecedentes de daño ambiental han generado una percepción negativa en la población sobre el desempeño de las empresas de esta industria. Por otra parte, muchas comunidades consideran haber recibido ínfimos beneficios en materia de desarrollo de los proyectos extractivos, pese a haber afrontado sus principales costos en términos sociales y ambientales. A esto se agrega la percepción de las comunidades acerca de su falta de participación en los beneficios de la actividad minera —en especial, cuando los tributos y regalías son recaudados por el Estado central— y pérdida de oportunidades futuras del desarrollo local. En otros casos, la empresa minera es un nuevo usuario en un sistema al límite de sustentabilidad o ya sobreexplotado.

Por otra parte, se destaca el mal manejo de las relaciones comunitarias por parte de varias compañías mineras. Un diagnóstico equivocado ha llevado a muchas empresas a creer que resulta suficiente contar con los permisos estatales, desatendiendo la generación de lazos con la población receptora del emprendimiento. Esa lectura binaria (Estado-empresa) ha fallado y no tiene más cabida en la forma de hacer negocios. Lo cierto es que en muchos casos existe falta de confianza de las comunidades en que el proceso de otorgamiento de permisos defienda adecuadamente sus intereses y que sus derechos se encuentren bien definidos y protegidos, todo lo cual aumenta los CpA.

Naturalmente, la problemática analizada no es patrimonio exclusivo de la industria minera. Un caso interesante se ha suscitado en Chile, por ejemplo, con el proyecto hidroeléctrico HidroAysén. Ese emprendimiento ha sido objeto de una larga controversia que involucra la tensión entre las ventajas de la generación hidroeléctrica y su impacto social y ambiental. La iniciativa contempla la construcción de cinco represas en los ríos Baker y Pascua, con una capacidad conjunta instalada de 2.750 MW, la inundación de tierras de alto valor paisajístico y ambiental, y la instalación de un sistema de transmisión que atraviesa cerca de 2.000 kilómetros.

La aprobación ambiental de HidroAysén en el año 2011 generó movilizaciones en su contra. Asimismo, el estudio de impacto ambiental fue objeto de numerosas observaciones en el marco del trámite ante la autoridad administrativa, relacionadas con la falta o deficiente ponderación de varios aspectos. En 2012, la Corte Suprema de Chile confirmó el rechazo de varios recursos de protección planteados por organizaciones sociales y ambientalistas contra la continuidad del proyecto. Sin embargo, en junio de 2014, el Comité de Ministros de una nueva administración gubernamental hizo lugar a diferentes recursos de reclamación y revocó la autorización ambiental favorable al mismo, por deficiencias en el plan de relocalización de pobladores, estudio de crecidas de origen hidrometeorológico, impacto en la fauna autóctona, entre otras. Los titulares del proyecto han impugnado el rechazo del Comité de Ministros ante los tribunales ambientales.

Se advierte comúnmente en los CpA en torno a los proyectos de recursos naturales e infraestructura, que su autorización —tomada de acuerdo a los canales institucionales— no se vaya acompañada de la licencia social; es decir, la aprobación o aceptación del emprendimiento por parte de la comunidad local (Schatz, 2010). Ese proceder lleva al surgimiento del CpA.

La ausencia de participación ciudadana es inversamente proporcional al nivel de licencia social y directamente asociada al aumento del nivel de conflictividad (Schatz, 2010). Cuando los afectados no sienten como propias y legítimas las reglas y condiciones que se aplican para regular el emprendimiento, se genera un ambiente propicio al conflicto. Por ello, el proceso de participación debe ser inclusivo y darse en el marco de un diálogo transparente entre las comunidades potencialmente afectadas, organizaciones de la sociedad civil y sectores académicos, políticos y económicos involucrados.

En ese contexto, una de las formas de hacer frente a las causas subyacentes de los CpA pasa por la participación de las comunidades y grupos afectados en la elaboración y ejecución de los proyectos, con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Este abordaje constituye el siguiente paso lógico en la evolución de la relación entre las empresas y las comunidades, ya que es un modelo de participación de los interesados que permite hacer frente a las causas de las resistencias comunitarias a los proyectos (Laplante y Spears, 2008).

Los procesos de consentimiento libre, previo e informado —que pueden consistir en consultas populares, encuestas, designación de representantes o cualquier otra forma que permita expresar el consenso social (McGee, 2009)— pueden permitir a los sujetos de los CpA salir de sus posiciones defensivas para asumir roles proactivos en los que aquellas empresas que mantienen el consentimiento de las comunidades en las que operan obtengan ventajas competitivas y las comunidades que tienen acuerdos vinculantes con las empresas logren un mayor control sobre los procesos de desarrollo de los que depende su futuro. La participación cumple, de ese modo, un rol beneficioso para todos los actores. Cuando la comunidad puede expresar sus reparos o rechazo al proyecto antes de su inicio por conducto de los canales institucionales, los resultados de la discusión pueden ser asimilados y superados a través del diálogo y la negociación, evitando bloqueos y “puntos muertos” al momento de la implementación.

A nivel jurídico, el consentimiento libre, previo e informado ha sido principalmente reconocido en relación a la propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras. La Corte IDH aceptó la noción en el caso del Pueblo Saramaka, estableciendo el triple estándar de consulta y consentimiento, estudios de impacto y participación en los beneficios como requisito para la validez de emprendimientos productivos en los territorios de las comunidades. En ese caso, el ordenamiento doméstico de Suriname solamente garantizaba a la comunidad el derecho al uso de la tierra, pero no aseguraba el derecho a controlar efectivamente el territorio sin injerencias externas. Los principales perjuicios provenían de concesiones mineras y forestales que ponían en riesgo la integridad de las tierras de los Saramaka. La Corte IDH enfatizó que el derecho de propiedad de ese pueblo implicaba la previa delimitación de las tierras como paso para el otorgamiento de un título legal de propiedad que conlleve la posibilidad de uso de los recursos naturales, especialmente porque de ello depende la preservación del estilo de vida propio de ese pueblo.

En ese marco, la Corte IDH estableció que el respeto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los pueblos indígenas demanda siempre la efectiva participación de la comunidad, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, respecto de cualquier plan de desarrollo, inversión, exploración o explotación que pretenda realizarse en su territorio. Esta obligación implica que el Estado debe aceptar y divulgar información, que las consultas deben ser de buena fe, por medio de procedimientos culturalmente adecuados y con el objetivo de alcanzar el consenso. Además, la consulta debe hacerse efectiva desde el primer momento de elaboración del proyecto y teniendo en cuenta los métodos propios de la comunidad para la toma de decisiones, especialmente el tiempo que ellos puedan insumir. El gobierno también debe garantizar que la comunidad conozca fehacientemente los riesgos involucrados, tanto para la salud como para el medio ambiente.

Adicionalmente, en aquellos emprendimientos que impliquen un mayor impacto en el territorio, el gobierno no sólo debe consultar a la comunidad, sino obtener su consentimiento libre, previo e informado. La mera consulta es insuficiente en estos casos. En segundo lugar, el Estado debe garantizar que la comunidad reciba un beneficio o rentabilidad razonable de cualquier emprendimiento en su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que ninguna concesión será otorgada en territorio de la comunidad a menos y hasta que entidades independientes e idóneas técnicamente, bajo la supervisión estatal, ejecuten un estudio previo de impacto ambiental y social. Toda concesión administrativa de derechos de explotación sobre el agua que no cumpla estos tres requisitos configura una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pues bien, pese a que la idea del consentimiento libre, previo e informado ha sido principalmente reconocida en relación a la propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras, desde una perspectiva más holística, es necesario explorar la posibilidad de extrapolar esa estrategia a la prevención de CpA en general; es decir, aquellos que involucren a todo tipo de comunidades. No es necesario que haya un lazo cultural ancestral para tener derecho a incidir en la utilización de los recursos naturales de los cuales depende la vida de una población.

Es importante destacar, sin embargo, que la conveniencia de recabar el consentimiento de las poblaciones locales como forma de prevención de los CpA no significa que ellas sean soberanas o puedan conducirse irrazonablemente. El agua es un recurso estratégico con funciones económicas, sociales y ambientales que trascienden largamente la escala local y que —por lo tanto— debe ser tratado con una visión integral y de interés público (Jouravlev, 2003). Los problemas de planificación hidrológica, evaluación de los recursos hídricos, asignación del agua y control de la contaminación sólo pueden ser racionalmente manejados a nivel de cuenca o grupo de cuencas interconectadas. Una fragmentación en la gestión del agua por jurisdicción local afectaría el sistema de manera adversa, promoviendo la generación y transferencia de externalidades negativas entre sus unidades, dificultando el manejo de los CpA e incrementando los costos de transacción.

De modo que propender a lograr el consentimiento de las comunidades no significa, sin más, conferirles el poder de vetar infundadamente cualquier iniciativa en su territorio. De admitirse esa alternativa, las políticas de desarrollo quedarían desmanteladas y a merced del unilateral criterio de cada una de las poblaciones locales. El logro de las metas de desarrollo humano que aspiran alcanzar los países depende necesariamente de la eficacia de las políticas económicas en todo el territorio nacional y

no sólo en algunos lugares. El éxito de estos procesos de desarrollo depende de la visión de conjunto y la integralidad, mientras que la fragmentación y el aislamiento suelen transformarse en su principal obstáculo. En ese marco, la protección de los intereses de las poblaciones no pasa por la adopción de posturas radicalizadas ni por la incomunicación, sino por un debate público robusto, inclusivo y fundamentado sobre lo que quieren las comunidades, por lograr instancias de coordinación y de participación en los beneficios de emprendimientos en sus territorios y por garantizar una adecuada regulación y fiscalización del desempeño de los agentes públicos y privados.

Una forma de superar resistencias infundadas o prácticas abusivas puede darse a través del test de proporcionalidad, que sirve para resolver situaciones en las que la adopción de medidas regulatorias conlleva la restricción de derechos, permitiendo determinar si esa restricción se encuentra justificada desde una visión de conjunto de todos los derechos en juego. Este principio implica que la viabilidad del emprendimiento frente a la afectación de intereses comunitarios dependerá de la verificación sucesiva de cuatro factores: i) finalidad legítima de la restricción, esto es, que el Estado procure proteger con el proyecto un fin válido de acuerdo a la legislación aplicable; ii) adecuación entre esa finalidad y los medios utilizados, es decir, que los cauces a los que ha recurrido el Estado para el logro del objetivo sean aptos o idóneos para su consecución; iii) necesidad del medio elegido para conseguir la finalidad perseguida; es decir, que no existan medios menos lesivos del derecho en juego para lograr el objetivo propuesto¹⁶; y iv) proporcionalidad estricta entre el beneficio obtenido y el sacrificio impuesto: esto es, que el “costo” inherente al proyecto no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen con su implementación.

La resolución de una oposición local a un determinado proyecto demandará verificar que se persigue una finalidad legítima con el emprendimiento, que los medios utilizados para ello son idóneos y necesarios, por no existir otros menos restrictivos, y que la iniciativa presenta un equilibrio entre el costo impuesto a los intereses y derechos locales, por un lado, y el beneficio que ese sacrificio reporta a otros derechos en juego a nivel nacional, por el otro. En caso de responderse afirmativamente este test, la falta de consentimiento a nivel local no deberá considerarse un óbice al emprendimiento, aunque — naturalmente — la alternativa de la imposición será el último recurso si de lo que se trata es de reducir la conflictividad. Este escrutinio debe ser aplicado tanto por la autoridad administrativa como por los tribunales, en el ámbito de sus respectivas competencias.

La inclusión del consentimiento libre, previo e informado como política general para la aprobación de proyectos relacionados con los recursos hídricos, puede contribuir a prevenir y superar muchos CpA. Esta estrategia favorecería tanto los intereses de las empresas —que evitarían ver bloqueados sus proyectos por resistencias comunitarias— como los de las poblaciones y gobiernos de las zonas afectadas, que podrían revertir los problemas tradicionales que han caracterizado los vínculos con las industrias extractivas.

8. Mecanismos judiciales y administrativos

La falta de herramientas para articular salidas consensuadas o imponer soluciones imperativas para las partes se traduce en la permanencia del CpA, lo cual demora proyectos, inversiones y perjudica la conservación del recurso. En este escenario, la inexistencia de un sistema eficaz y oportuno de resolución de conflictos constituye una grave falencia para la gobernabilidad del sector. Sin la opción del tercero decisor, las partes que se benefician del *status quo* en un conflicto no tienen incentivos para negociar soluciones (Solanes y Jouravlev, 2005).

El ámbito usualmente predispuesto para la solución de las controversias entre particulares y entre estos y los poderes públicos en el Estado de derecho es el poder judicial, que sigue siendo clave para el EBDH en pro de la justiciabilidad y exigibilidad de los derechos. Este rol debe complementarse con el diseño y la promoción de mecanismos alternativos de resolución y prevención de conflictos.

¹⁶ Esto es especialmente importante para proteger a la población local de medidas que en realidad pueden ser sustituidas por otras que generen un impacto menor, pero que muchas veces son descartadas por visiones de corto plazo o por su mayor costo.

Los conflictos entre usuarios de agua pueden caer bajo la órbita jurisdiccional específica prevista por las leyes de aguas, pero la mayoría de los CpA no se producen entre sujetos considerados estrictamente usuarios por la legislación, sino que involucran a no usuarios y su objeto no se circunscribe al agua sino que muchas veces tiene y adquiere además carácter ambiental o social. Lo cierto es que la complejidad de este tipo de controversias ha puesto de manifiesto la falta de aptitud de la estructura administrativa y judicial tradicional para el procesamiento y solución de conflictos (véase el recuadro 4).

Cuando los conflictos entre usuarios son diferidos a órganos judiciales en primera instancia, las dificultades que los mismos presentan son variadas, desde el costo de acceso a la jurisdicción hasta la falta de aptitud y la demora para la solución de los CpA. Los tribunales ordinarios en la mayoría de los países carecen de las herramientas para resolver de manera adecuada y rápida los CpA, especialmente porque el conocimiento que tienen del caso es siempre parcial, no son especialistas y las reglas que rigen los procedimientos civiles no son las adecuadas para tratarlos. En respuesta de esta situación, varios países han procedido a la creación de jurisdicciones especiales, fiscalías o procuradurías ambientales para hacer frente a procesos o litigios que involucran una multiplicidad de actores, demandas cruzadas, complejidad técnica, conocimiento especializado y cuyo eje está puesto en la prevención más que en la reparación, que caracterizó al fuero civil tradicional.

Una alternativa al paradigma judicialista, con o sin mediación previa, puede ser la atribución de jurisdicción primaria —doctrina desarrollada en los Estados Unidos— a la autoridad administrativa del agua, en especial cuando la resolución de la controversia requiera una especial experiencia técnica o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones diseñadas para una gestión coordinada del recurso, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de los tribunales.

La asignación de capacidad de resolución administrativa de CpA con base en la especial idoneidad técnica y en la visión integral de la autoridad del agua puede ser una herramienta útil por su mayor flexibilidad, informalismo y celeridad, así como por su menor costo. La racionalidad de asegurar a las autoridades de agua este papel es que, por un lado, se decide en función de conocimiento técnico, mientras que por el otro, se alivia la situación de los órganos judiciales, normalmente no versados técnicamente y además generalmente congestionados. Sin embargo, por resguardo constitucional, siempre debe quedar a las partes la posibilidad de obtener una revisión judicial suficiente de lo decidido, aún reconociendo un alto grado de deferencia ante las decisiones de la autoridad correspondiente en cuestiones que requieren conocimientos técnicos específicos.

Los Estados deberían estudiar, entonces, la posibilidad de poner a disposición de las partes en conflicto mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces, como parte de un sistema público integral de solución de los CpA que complemente los mecanismos judiciales, aún cuando no pueda sustituirlos. La posibilidad de utilizar instancias más informales y dinámicas de tratamiento de los reclamos que cumplan estándares de legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, transparencia y compatibilidad, puede constituir un gran paso en la reducción de la conflictividad.

Sin embargo, es importante procurar que los mecanismos administrativos no se transformen en meros ritualismos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando su inutilidad queda demostrada en la práctica, por la falta de independencia necesaria, porque falten los medios para ejecutar las decisiones o por retardos excesivos en el tratamiento y solución de los asuntos. La implementación de tribunales administrativos especializados sólo resulta eficaz cuando se los dota de autonomía, recursos, estabilidad, relativa independencia y profesionalismo. De otra forma, más que una ventaja, terminan siendo una carga u obstáculo adicional para el usuario en el camino hacia la revisión judicial de la decisión.

Para que estas instancias funcionen como alternativas reales para superar los CpA, su diseño debe, además, reconocer y resolver los factores de desigualdad de los sujetos del conflicto. Para hacerlo, deben contemplarse medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias —económicos, culturales o sociales— que impidan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existen esos medios de compensación, no podrá decirse que quienes se encuentran en desventaja se benefician de un debido proceso en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esos obstáculos y, por lo tanto, las instancias administrativas no serán eficaces para reducir los CpA.

IV. Conclusiones y recomendaciones

Los CpA podrían ser prevenidos y resueltos de un modo más eficiente si los modelos de gobernabilidad comenzaran a reflejar los cambios de enfoque sobre los recursos hídricos, dando lugar a perspectivas integrales, cooperativas y participativas. Las estrategias del EBDH buscan generar aquellas herramientas de políticas públicas novedosas que el escenario actual demanda, pero que todavía no se han visto receptadas en los marcos legislativos, los diseños institucionales, ni en el comportamiento de los agentes públicos ni privados o no han sido ampliamente aplicadas.

A. El análisis de los conflictos

Constituye una instancia crucial y previa a la adopción de las medidas para su prevención o solución, atento que medidas inapropiadas, por errores de análisis o de cálculo, no sólo corren el riesgo de fracasar sino que pueden conducir incluso a su recrudecimiento, intensificación o prolongación. El análisis o monitoreo de los conflictos debe mantenerse en el tiempo, habida cuenta de la tendencia indubitable de la mayoría de ellos a persistir e incluso resurgir. Aun cuando el conflicto haya alcanzado una aparente solución o equilibrio, el mismo se mantendrá en estado latente. A este respecto, resulta imprescindible un enfoque interdisciplinario y un particular conocimiento de la historia y las condiciones locales, pues el agua muchas veces no constituye más que el emergente de un conflicto anterior y de otra naturaleza.

B. La prevención de los conflictos

Los conflictos deben prevenirse desde las instancias mismas de planificación, columna vertebral de la gestión integrada de los recursos hídricos, que debe incorporar elementos de planificación adaptativa y de manejo integrado de cuencas, que contribuirán a evitar conflictos a futuro, en el incierto escenario que el cambio climático plantea para los recursos hídricos en cada país, cuenca o región.

Los planes deben necesariamente ser sometidos a un riguroso proceso de evaluación económica, social y ambiental donde se ventilen costos y beneficios, económicos y sociales, alternativas disponibles, impactos ambientales, medidas de mitigación y adaptación, etc. Debe garantizarse la disponibilidad y publicidad de la información y facilitar su acceso. En este proceso resulta capital la adopción de mecanismos que permitan la participación auténtica de todos los actores involucrados, entendiendo por

tal la informada, con posibilidades reales de incidir en las decisiones, tanto de usuarios de agua en sentido estricto como de ciudadanos en general.

Debe establecerse claramente el orden de prioridades para el otorgamiento de los derechos, para su abastecimiento y las condiciones de subsistencia y la preservación de flujos o caudales por razones ecológicas, así como para garantizar su aplicación transparente por parte de las autoridades. Debe vigilarse, además, el cumplimiento estricto del principio según el cual los usos comunes o de subsistencia vinculados al DHAS tienen prioridad sobre los especiales teniendo en cuenta todas sus implicancias y efectos acumulativos.

C. La solución de los conflictos

Los CpA son de difícil solución, por la cantidad de actores, intereses y sectores involucrados. Su tendencia a resurgir transforma toda solución en provisoria y precaria de donde se hace imprescindible la anticipación, para evitar y prevenir su producción.

El diálogo, la negociación y la mediación son instrumentos claves que permiten a los interesados participar activamente y apropiarse de la decisión frente al paradigma de solución judicial que no deja de ser percibida como decisión impuesta. Pueden existir múltiples instancias para la solución de los CpA, a condición de que el tercero facultado para su resolución sea imparcial, independiente y cuente con los elementos para hacerlo adecuadamente. La sola existencia de un tercero realmente imparcial e independiente capaz de resolver el conflicto constituye un incentivo a las partes para alcanzar un acuerdo y como tal para prevenir conflictos.

En definitiva, los desafíos que plantean los CpA pasan por el fortalecimiento de la gobernabilidad hídrica, por la superación de las miradas de corto plazo que conducen a la desatención de la temática y la consiguiente debilidad de las instituciones encargadas de llevarla adelante, la fragmentación en la gestión, tanto territorial como sectorial y la deficiente cultura del agua.

D. Recomendaciones

- Fortalecer, adecuar y formalizar los marcos normativos, tanto como las capacidades institucionales para su aplicación efectiva.
- Aplicar e integrar el EBDH a la gestión del agua e incorporar el DHAS en las intervenciones sobre los recursos hídricos.
- Ampliar los sujetos legitimados para el monitoreo y protección de los recursos hídricos adecuando los procedimientos administrativos y judiciales.
- Aplicar el principio de máxima divulgación a los recursos hídricos, obligando al Estado a generar y difundir de oficio información sobre su estado actual y el impacto de la acción humana sobre ellos.
- Promover la participación efectiva exigiendo el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades afectadas por emprendimientos, sujeto al principio de proporcionalidad.
- Fomentar el diálogo, la mediación y el establecimiento de instancias administrativas imparciales de resolución de los CpA, sujetas a control judicial suficiente.

Bibliografía

- ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2011), “El derecho al agua”, *Folleto informativo*, N° 35, Ginebra.
- Albuquerque, Maria do Carmo (2004), “Movimientos sociales y sociedad civil en la construcción de la democracia en los países del Cono Sur”, Maria do Carmo Albuquerque (ed.), *La construcción democrática desde abajo en el Cono Sur*, San Pablo, Instituto Polis.
- Alvarez Carreño, Santiago (2007), “Los registros del agua en Alemania y España: un estudio comparativo a la luz de la Directiva Marco, Justicia Administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 34, enero.
- Aranibar, Ana María; Eduardo Chaparro y René Salgado (2011), *La industria extractiva en América Latina y el Caribe y su relación con las minorías étnicas*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.3411-P, Santiago de Chile.
- Barberis, Julio; Frida Armas Pfirter y María Querol (2002), “Aplicación de principios de derecho internacional a la administración de ríos compartidos. Argentina con Paraguay y Uruguay”, Antonio Embid Irujo (ed.), *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio. Volumen 2*, Editorial Civitas.
- Bartolomé, José Luis y Ángel Sanagustín (1996), “Consideraciones en torno a algunos aspectos relacionados con la gestión institucional del agua”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 9, diciembre.
- Bello, Álvaro (2004), “Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones”, José Aylwin (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Imprenta Austral, Temuco.
- Bértola, Luis y José Antonio Ocampo (2013), *Desarrollo, Vaivenes y Desigualdad. Una Historia Económica de América Latina desde la Independencia*, Secretaría General Iberoamericana (SEGIB).
- Bohoslavsky, Juan Pablo (2010), *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.326, Santiago de Chile.
- Bohoslavsky, Juan Pablo y Juan Bautista Justo (2011), *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.375, Santiago de Chile.
- Bustamante, Rocío; John Butterworth; Mariska Flierman; Daniel Herbas; Marieke den Hollander; Sjoerd van der Meer; Paul Ravenstijn; Magaly Reynaga y German Zurita (2003), *Medios de vida en conflictos: Disputas sobre agua para usos productivos a nivel familiar en Tarata, Bolivia*, Centro Internacional de Agua Potable y Saneamiento (IRC), La Haya, Países Bajos.
- Cassese, Sabino (2003), *La crisis del Estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (1992), *Políticas de gestión integral de aguas y políticas económicas*, LC/R.1207, Santiago de Chile.
- CMMAD (Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo) (1987), *Nuestro futuro Común*, Oxford University Press.
- Cole, Daniel y Elinor Ostrom (2010), "The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources", *Indiana University-Bloomington School of Public & Environmental Affairs Research Paper*, N° 2010-08-01.
- Damonte, Gerardo (2011), *Construyendo territorios: narrativas territoriales aymaras contemporáneas*, Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE)/Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Lima.
- Dourojeanni, Axel y Andrei Jouravlev (2002), *Evolución de políticas hídricas en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1826-P, Santiago de Chile.
- _____ (1999), *Gestión de cuencas y ríos vinculados con centros urbanos*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/R.1948, Santiago de Chile.
- Dourojeanni, Axel; Andrei Jouravlev y Guillermo Chávez (2002), *Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1777-P, Santiago de Chile.
- Erice, María Valentina (2013), "Necesidad de transparencia y legalidad en la gestión y uso de las aguas subterráneas (El reciente caso de la Provincia de Mendoza)", *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, número 9, octubre.
- Gordillo, José Luis (2006), *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho de siglo XXI*, Madrid, Trotta.
- Guevara Gil, Armando (2008), "Derecho de Aguas, pluralismo legal y concreción social del Derecho", Armando Guevara Gil (ed.), *Derechos y conflictos de agua en el Perú*, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Departamento Académico de Derecho, Lima.
- GWP (Asociación Mundial para el Agua) (2000), "Manejo integrado de recursos hídricos", *TAC Background Papers*, N° 4, Estocolmo.
- Hantke-Domas, Michael (2011), *Avances legislativos en gestión sostenible y descentralizada del agua en América Latina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.446, Santiago de Chile.
- IPROGA (Instituto de Promoción para la Gestión del Agua) (2009), *Conflictos por el agua en la Región Andina: Avances de investigación y herramientas de manejo*, Lima.
- Jouravlev, Andrei (2003), *Los municipios y la gestión de los recursos hídricos*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.2003-P, Santiago de Chile.
- _____ (2001), *Administración del agua en América Latina y el Caribe en el umbral del siglo XXI*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1564-P, Santiago de Chile.
- Justo, Juan Bautista (2013), *El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.536, Santiago de Chile.
- Laplante, Lisa y Suzanne Spears (2008), "Out of the Conflict Zone: The Case for Community Consent Processes in the Extractive Sector", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, volumen 11.
- Lorenzetti, Ricardo (2008), *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley.
- Martín, Liber (2010), *Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Martin, Liber; Mauricio Pinto y Sergio Salinas, (2013), *La cooperación en materia de aguas transfronterizas en la región de América Latina y el Caribe*, Inédito, Comisión Económica para Europa (CEE), Buenos Aires.
- McGee, Brant (2009), "The Community Referendum: Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development", *Berkeley Journal of International Law*, volumen 27, N° 2.
- Merlinsky, María Gabriela (2009), *Atravesando el río: la construcción social y política de la cuestión ambiental en Argentina*, Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales.
- Moffa, Anthony (2012), "Wasting the Planet: What a Storied Doctrine of Property Brings to Bear on Environmental Law and Climate Change", *Student Scholarship Papers*, N° 119, Yale Law School.
- Mussetta, Paula (2013), "El agua en discordia: balance cualitativo en Latinoamérica", *Revista Gestión y Ambiente*, volumen 16, N° 1, mayo, Medellín.
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) (2012), *Gobernabilidad del Agua en América Latina y el Caribe: Un enfoque multinivel*, OCDE.
- Ostrom, Elinor y Charlotte Hess (2007), "Private and Common Property Rights", *Workshop in Political Theory and Policy Analysis*, W07-25, Indiana University.

- Peña, Humberto y Miguel Solanes (2003), *La gobernabilidad efectiva del agua en las Américas, un tema crítico*, Comité Consultivo Técnico para Sudamérica de la Asociación Mundial para el Agua (SAMTAC).
- Pereyra, Carlos (2005), *La Gestión Local de Conflictos por el Agua. Documento Conceptual y Metodológico*, Instituto de Promoción para la Gestión del Agua (IPROGA), Lima.
- Pochat, Víctor (2012), “Conflictos por el agua”, *Revista Voces en el Fenix*, N° 20, Universidad de Buenos Aires (UBA), noviembre.
- Priscoli, Jerome Delli y Aaron Wolf (2009), *Managing and Transforming Water Conflicts. International Hydrology Series*, Cambridge University Press.
- Purdy, Jedediah (2007), “Property and Empire: The Law of Imperialism in Johnson v. M’Intosh”, *George Washington Law Review*, volumen 75, N° 2, febrero.
- Rivera Bravo, Daniela (2013), *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile.
- Rogers, Peter (2002), *Water governance in Latin America and the Caribbean*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, D.C.
- Romero, María Kathia; Víctor Hugo Pachas; Gustavo Zambrano y Yerson Guarniz (2005), *Formalización de la MPE en América Latina y el Caribe. Análisis de experiencias en Perú*, Iniciativa de Investigación sobre Políticas Mineras (IIPM), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC), Lima.
- Sabatini, Francisco (1997), “Conflictos Ambientales en América Latina: ¿distribución de externalidades o definición de derechos de propiedad?”, Francisco Sabatini y Claudia Sepúlveda (eds.), *Conflictos ambientales. Entre la Globalización y la Sociedad Civil*, Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente (CIPMA), Santiago de Chile.
- Samson, Jacques (2006), “El usufructo, un modelo para el derecho de uso del patrimonio medioambiental”, José Luis Gordillo (ed.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho de siglo XXI*, Madrid, Trotta.
- Schatz, Pablo (2010), *Revisión de la conflictividad socio-ambiental en América Latina y el Caribe. Factores predisponentes y herramientas para su sistematización*, Inédito, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile.
- Solanes, Miguel y Andrei Jouravlev (2005), *Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.2397-P, Santiago de Chile.
- Solanes, Miguel y David Getches (1998), *Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, D.C.
- Tafur, Victor (2011), “Water Law, Mining and Hydro-Energy Conflicts in South America: Tales from the Andes and Patagonia”, *International Journal of Rural Law and Policy, 2011 Special Edition - Water Law: Through the Lens of Conflict*, School of Law, University of New England, Australia.
- Tremblay, Hugo (2010), *A Clash of Paradigms in the Water Sector? Tensions and Synergies Between Integrated Water Resources Management and the Human Rights-Based Approach to Development*, Inédito, Centro sobre Legislación, Políticas y Ciencias relativas al Agua, University of Dundee.
- Ulrich, Brand; Christoph Görg; Joachim Hirsch y Markus Wissen (2008), *Conflicts in Environmental Regulation and the Internationalisation of the State. Contested Terrains*, Routledge.
- Urteaga, Patricia (2009), *Conflictos por el Agua en la Región Andina: Avances de Investigación y Herramientas de Manejo*, Instituto de Promoción para la Gestión del Agua (IPROGA), Lima.
- Wittfogel, Karl (1966), *Despotismo oriental: estudio comparativo del poder totalitario*, Madrid, Guadarrama.



NACIONES UNIDAS

CEPAL

Serie

Recursos Naturales e Infraestructura

Números publicados

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en

www.cepal.org/publicaciones

171. Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe, Liber Martín y Juan Bautista Justo (LC/L.3991), 2015.
170. Eficiencia energética y regulación económica en los servicios de agua potable y alcantarillado, Gustavo Ferro y Emilio J. Lentini (LC/L.3949), 2015.
169. Gobernanza del gas natural no convencional para el desarrollo sostenible de América Latina y el Caribe, Andrés Arroyo y Andrea Perdriel (LC/L.3948), 2015.
168. Aspectos metodológicos para el tratamiento estadístico de la infraestructura en América Latina y el Caribe, Jeannette Lardé, Salvador Marconi y Julio Oleas (LC/L.3923), 2014.
167. Estado de implementación del Programa de Acción de Almaty en América del Sur, Gabriel Pérez-Salas, Ricardo J. Sánchez y Gordon Wilmsmeier (LC/L.3892), 2014.
166. Políticas e institucionalidad en materia de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe, Franz Rojas Ortuste (LC/L.3822), 2014.
165. Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación, Patricio Rozas Balbontín y José Luis Bonifaz F. (LC/L.3793), 2014.
164. Políticas tarifarias y regulatorias en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el derecho humano al agua y al saneamiento, Emilio J. Lentini y Gustavo Ferro (LC/L.3790), 2014.
163. La Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia, más que partícipes de una frontera común: desarrollo sostenible, inversiones y política en torno a los recursos del gas natural, Andrés H. Arroyo Peláez (LC/L.3701), 2013.
162. Gestión pública y servicios públicos: notas sobre el concepto tradicional de servicio público, Patricio Rozas Balbontín y Michael Hantke-Domas (LC/L.3648), 2013.
161. Seguridad de la cadena logística terrestre en América Latina, Gabriel Pérez Salas (LC/L.3604), 2013.
160. El papel del transporte con relación a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, Lorena García Alonso y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3514), 2012.
159. Políticas portuarias, Octavio Doerr (LC/L.3438), 2011.
158. Infraestructura y equidad social: experiencias en agua potable, saneamiento y transporte urbano de pasajeros en América Latina, Gustavo Ferro y Emilio Lentini (LC/L.3437), 2011.
157. Terremoto en Chile. Los efectos sobre la infraestructura y el desarrollo, Patricio Rozas Balbontín (LC/L.3436), 2011.
156. La industria extractiva en América Latina y el Caribe y su relación con las minorías étnicas, Ana María Aranibar, Eduardo Chaparro Ávila y René Salgado Pavez (LC/L.3411), 2011.
155. Principios de políticas de infraestructura, logística y movilidad basadas en la integralidad y la sostenibilidad, Georgina Cipoletta Tomassian (LC/L.3328), 2011.
154. Sistemas aeroportuarios, servicio público e iniciativa privada, Bernardo Sánchez Pavón (LC/L.3343), 2011.
153. La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe, Daniel Perrotti y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3342), 2011.
152. Eficacia institucional de los programas nacionales de eficiencia energética: los casos del Brasil, Chile, México y el Uruguay, Beno Ruchansky, Odón de Buen, Gilberto Januzzi y Andrés Romero (LC/L.3338), 2011.
151. El alza del precio del petróleo y su impacto en los fletes marítimos de productos exportados por Chile en contenedores, Sebastián Faúndez, Nanno Mulder, Gabriel Pérez Salas y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3322), 2011.

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA



COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE
ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN
www.cepal.org