

Protegiendo los Derechos Indígenas de Agua dentro de las Leyes de una Cultura Dominante: el Caso de los Estados Unidos.

David H. Getches

Los Estados Unidos es una de las pocas naciones del mundo que provee un reconocimiento legal distintivo y aparentemente robusto de los derechos de agua de sus pueblos indígenas. Los pueblos nativos tienen derecho a las aguas de los ríos del árido oeste americano que son incluso superiores a los de sus vecinos no-indígenas. Si las sociedades dominantes no extienden una dignidad jurídica a los derechos de los pueblos originarios puede impedir o condenar al fracaso la lucha nativa de retener o utilizar sus tierras. Es consabido que la integridad de sus tierras ancestrales es esencial para las culturas tribales. Sin embargo, la protección de los derechos indígenas de agua en los Estados Unidos sigue siendo un modelo imperfecto.

El aparentemente generoso reconocimiento de importantes derechos legales otorgadas a las tribus indígenas de acceso al agua para sus tierras y el uso de su pueblo ha producido mas papeles documentando sus derechos legales de lo que haya producido agua aprovechable para las tierras y pueblo tribales. El problema fundamental consiste en que los derechos legales fueron anunciados hace un siglo atrás pero luego los gobiernos de la nación y particularmente de los estados, cuyas leyes predominan en la asignación del agua, prosiguieron a promover la utilización no-indígena del agua. Actualmente, si las tribus nativas se decidieran a utilizar las grandes cantidades hídricas que la ley les otorga, enfrentarían formidables barreras político-económicas puestas por los pueblos no-indígenas que actualmente utilizan la mayoría del agua.

Los principios de los derechos de pueblos nativos de agua desarrollados en los EE.UU. fueron creados para el avance de políticas nacionales, no simplemente para lograr justicia para los nativos o asegurar la sobrevivencia de sus culturas. Como a menudo suele ser el caso, la realización de la futura beneficencia de la ley dependerá en la buena voluntad contemporánea de la cultura dominante hacia la realización de hacer reajustes que afecten negativamente a la mayoría de los usuarios de agua. Para muchos, los derechos de agua indígenas parecen ser una anomalía. El que las leyes y los políticos honren estos derechos será una prueba a su compromiso hacia la imposición de la ley y a su buena disposición de comprender a la “justicia” bajo la luz de valores culturales que son extrañas a la cultura dominante. Hasta el momento, los resultados han sido ambiguos. En ciertos casos, las cortes han modificado a los derechos tribales en lugar de ejecutarlos en su totalidad. Sin embargo, los gobiernos federales y estatales han mostrado alguna predisposición en la inversión de dineros para la protección y desarrollo de la utilización originaria de aguas – mientras los usos no-indígenas sean preservados concurrentemente.

Aquellos que desean aprender de la experiencia norteamericana con los derechos de agua para los pueblos originarios, así como aquellos que desean mejorar la aplicación del sistema en los EE.UU., se enfrentan a la clásica lucha moral entre el ‘realpolitik’ y los

conceptos teóricos de justicia y moralidad. La ventaja de los “derechos en papel” al agua, aun si prometen mas de lo que logran, es que proveen una puerta abierta al sistema legal, permitiendo que el diálogo intercultural tenga su inicio ahí y no fuera del sistema. Con todo, la lucha consiste en aplicarlos de una manera que asegure que la supervivencia cultural continúe.

Ley y Política Indígena de los EE.UU.

Los principios fundamentales de la ley indígena de los Estados Unidos se anunciaron en los primeros años de la nación. Tienen raíz en la ley internacional creada entre las naciones europeas colonizadoras. Como tal, existe una mezcla de pragmatismo dirigida a permitir la conquista ordenada del Nuevo Mundo y preocupaciones imparciales hacia los pueblos que se encontraban presentes. El segundo punto fue parcialmente motivado por la moralidad del pueblo y los líderes religiosos involucrados en la empresa colonial y parcialmente por la realidad de que una política extrema se enfrentaría a una resistencia nativa que frustraría la colonización.

Las decisiones de la Corte Suprema daban claro reconocimiento a los derechos de tribus indígenas de ocupar y gobernar sus territorios. También dio definición a una relación fiduciaria responsabilizando al gobierno federal de proteger a los derechos tribales. Las mismas decisiones de la Corte Suprema otorgaron al Congreso poderes amplios para implementar esta obligación pero a la vez para *extinguir* los derechos de los indígenas si los parlamentarios determinaban que convenía al país. Este gran poder federal en el área de los asuntos indígenas ha sido invocado frecuentemente para limitar a los esfuerzos privados o estatales de usurpar los derechos de propiedad o autoridad autónoma de las tribus dentro de su territorio. Pero a la vez fue invocado por el Congreso para extinguir los títulos de propiedad y limitar el poder autónomo de las tribus. Las tribus típicamente entregaban sus tierras mediante tratados con los Estados Unidos. Si resistían, los EE.UU. tenía el poder de tomar sus tierras de todas maneras. A la vez que las tribus se veían limitadas a reservaciones cada vez más pequeñas sus derechos de retener tierras se respetaban, al menos hasta que la nación precisaba de más tierra. De esa manera, la nación de los Estados Unidos fue asentada.

A la vez que despojaba a las tribus de la mayor parte de sus tierras históricas, los EE.UU. adoptaron una serie de políticas conflictivas entre sí extendiéndose desde el aislamiento hasta la integración de los pueblos nativos. Ningún tipo de programa funcionó bien. Para que la separación cultural funcionara las tribus debían retener la suficiente tierra y recursos para su auto-suficiencia y para protegerse adecuadamente de asentadores avariciosos pudiendo solo así existir con razonable seguridad. En la mayor parte del siglo diecinueve, la mayor parte del continente estaba despoblada y apenas gobernable haciendo imposible políticamente y en la práctica la protección de los nativos y sus tierras de los asentadores. Después de todo la nación buscaba una política de expansionismo. El hambre intenso por tierra de los asentadores fue apoyado por las políticas oficiales diseñadas a asentar el continente entero.

A la luz de esta realidad se adoptaba la política para la apertura de las reservas tribales. Se pensaba que debían asimilarse a la sociedad mayoritaria. Pero las políticas de integración se frustraron debido a las disposiciones raciales de los blancos y el deseo de las personas tribales de adherir a sus tradiciones culturales y religiosas que les vinculaba a una tierra específica y entre sí.

En el siglo diecinueve, la política nacional buscó primeramente limitar a los indígenas a reservas para que los asentadores pudieran entrar a las tierras cedidas por las tribus. Las tribus de la región de las Grandes Planicies fueron colocadas en reservas y se les ordenó ceder su vasto territorio donde condujeron sus cacerías de largo alcance para abrirlo al asentamiento de blancos. Luego, cuando los asentadores codiciaron las tierras de las reservas, el Congreso adoptó un nuevo programa para desarmar las tenencias tribales y promover las granjas de cultivación individual. Se diseñó con el propósito de asimilar a los nativos en la sociedad mayoritaria al dar fin a sus propiedades y actividades comunales. Dentro de las reservas, a cada familia nativa se le asignó una porción de la tierra tribal. La tierra que los nativos no “necesitaban” se puso a la disposición de los asentadores no-indígenas. Los arquitectos de la política de asignación imaginaron a comunidades integradas de granjeros indígenas y no-indígenas usando tierras en propiedad individual dentro de las reservas. Ellos asumieron que las tribus y sus culturas luego desaparecerían. Esto no ocurrió, aun en las reservas donde las granjas fracasaron debido a que el cultivo no era apropiado a las tierras o la cultura del pueblo. Aun así, las reservas son (y siguen siendo) refugios para las tribus donde pueden vivir juntos e intentar ganar con dificultad la vida.

En otras partes, los oficiales gubernamentales entendieron que era infactible promover a la agricultura. Algunas tribus estaban tan dependientes económicamente y culturalmente a la caza y pesca que la política del momento hacia las reservas tomó cuenta de las preferencias tribales. En los tratados de las regiones del noroeste y los Grandes Lagos se crearon reservas que limitaban a los tamaños de las reservas pero permitían la continuidad de las históricas actividades de pesca de los pueblos nativos. Las tribus retuvieron reservas en las vías hídricas o bien mantuvieron reservas pequeñas pero retuvieron el derecho a pesca en las tierras que les cedió el gobierno.

Es evidente que la política gubernamental hacia las reservas no podía tener éxito sin el agua para la utilización nativa. En las reservas que fueron creadas para promover a la agricultura indígena (y no-indígena) se necesitaron cantidades adecuadas de agua para la irrigación. Para las tribus de pescadores, el flujo de agua en sus ríos era esencial para mantener el entorno requerido para sostener a las especies de pez.

Las tribus con reservas dedicadas a la agricultura así como las que disfrutaban de derechos a la pesca fuera o dentro de las reservas encontraron poblaciones invasoras de no-indígenas. La resultante competición por agua y recursos dependientes del agua amenazó a la habilidad de los nativos de sobrevivir en sus reservas. Pero los no-indígenas llegaron con el apoyo de políticas nacionales dirigidas a establecer nuevas comunidades y se les dieron derechos de propiedad en la tierra. Estos asentadores no-indígenas se esforzaron, desarrollaron granjas, y obtuvieron

derechos de agua bajo leyes estatales bajo el aliento del gobierno. Su utilización hídrica establecida ahora compete con la capacidad nativa de usar agua y los recursos naturales dependientes del agua. En consecuencia, la política nacional indígena, que fue y sigue siendo la promoción de la autosuficiencia, está amenazada aunque la política de promover al asentamiento no-indígena ha sido cumplida. ¿Que hace el sistema legal frente a políticas conflictivas entre sí?

Derechos Legales de los Indígenas frente a las Políticas Conflictivas

En 1908 la Corte Suprema de los Estados Unidos anunció una doctrina sorprendente con respecto a los derechos de agua que favorecía a las tribus nativas en sus intentos de asegurar el agua suficiente para hacer a sus reservaciones útiles. La “doctrina de derechos reservados” anunciado en el caso *Winters v. Estados Unidos* garantizó a las tribus el derecho de usar todo el agua que precisaban para cumplir el propósito para el cual fueron fundadas sus reservaciones. El derecho podría ejercerse en cualquier momento en el futuro, aún si los no-indígenas hubieran sido los primeros en usar el agua y se les habían dado derechos legales bajo ley estatal. Esto fue sorprendente para muchos debido a que la ley predominante del oeste americano fue que la primera persona en usar agua tenía el mejor derecho de usarlo en el futuro, un derecho mejor al de cualquiera que empezara a usar el agua posteriormente.

La historia del ejercicio por parte de las tribus de sus derechos ostensiblemente admirables y poderosos para las aguas de las reservaciones nativas ha sido problemático. En práctica, los no-indígenas pudieron desarrollar con anterioridad en las fuentes hídricas compartidas con los nativos debido a que tuvieron acceso a capital económico. Las tribus, sin embargo, carecieron de capital para poner sus derechos en uso y no tuvieron opción mas allá de competir con los no-indígenas quienes desarrollaron su economías mediante la utilización de las aguas que bajo la decisión *Winters* les tocaba por derecho a los nativos. Las tribus en la mayoría de las reservaciones han permanecido en un estado de pobreza y sus tierras por la mayor parte no han sido desarrolladas. Teóricamente, ellos tienen “mejores” derechos que sus vecinos no-indígenas. Aunque no han usado actualmente del agua – un concepto clave en la ley y cultura del oeste americano – la enseñanza de *Winters* es que ellos tienen derechos superiores a los de los no-indígenas y pueden usar el agua cuando precisen en el futuro.

También la política nacional moderna favorece el uso del agua por estas tribus. En los últimos cincuenta años la política federal hacia las tribus indígenas has sido el de autonomía y autosuficiencia económica. Cada vez mas frecuentemente, las tribus han presionado para una vindicación de sus derechos teóricamente grandes pero actualmente subutilizados. Los no-indígenas saben que los derechos incoados de las tribus suponen una amenaza a su seguridad económica. Dado que las inversiones y valores de propiedad son dañados por la inseguridad, los no-indígenas y los estados del oeste que tienen tendencia a apoyar los intereses no-indígenas a la vez han urgido que los derechos nativos de agua sean determinados legalmente.

En la mayoría de los estados se han iniciado procesos judiciales. Estos procedimientos son largos y caros. En años recientes varios derechos de agua de las tribus han sido resueltos mediante convenios negociados e implementados a través de la legislación federal. Esto permanece como el método preferido de cuantificar a los derechos de agua tribales principalmente porque inyecta fondos federales a soluciones que permiten a las tribus usar sus derechos de agua y les protege de usos no-indígenas enraizados..

Derechos Reservados de Agua para Nativos en Teoría y Práctica

El caso *Winters* se originó en la Reservación Nativa Fort Belknap en el estado de Montana donde los nativos sufrieron una serie de tratados que los limitó a una pequeña fracción de su anterior territorio. La corte reconoció la intención del gobierno de “civilizar” a los nativos convirtiéndolos en granjeros independientes y repartiendo sus tierras tribales comunales. El plan gubernamental consistía en dividir a las tierras de la reservación en tenencias de tierra individuales. Asignando la tierra a las cabezas de las familias nativas para cultivo y luego abriendo el resto del territorio dentro y fuera de la reservación para asentadores no-indígenas. Sin suficiente agua de irrigación para la reservación, este esquema civilizante fracasaría. Si la política de asignación individual caía, las tierras deseadas por los asentadores – las mal llamadas “tierras sobrantes” de las reservaciones y los territorios que anteriormente fueron reservaciones – no estarían disponibles para el asentamiento de blancos.

El principio legal fundamental que llevó a los derechos nativos de agua se pronunció así de simple: La fundación de una reservación resulta en reservación implicada del derecho de tomar el agua suficiente de cumplir con el propósito de reservar la tierra para los nativos. La Corte Suprema de los Estados Unidos articuló su razonamiento de esta manera:

La reservación fue parte de un territorio mucho más grande en que los nativos tenían el derecho a ocupar y usar y que fue adecuado para los hábitos y necesidades de un pueblo nómada e incivilizado. Fue la política del gobierno, fue el deseo de los nativos de cambiar esos hábitos y volverse un pueblos pastoral y civilizado. Si se volvieron tales el territorio original era demasiado extensivo, a la vez que un territorio menor sería inadecuado sin un cambio de condiciones. Las tierras eran áridas y, sin irrigación, prácticamente sin valor. . . . Los nativos tenían dominio de las tierras y las aguas – dominio sobre todo su uso beneficial, sea aplicada a la caza “y el apacentar de manadas de ganado errantes,” o si se volcara a la agricultura y las artes de la civilización. ¿Entregaron todo esto? ¿Reducieron el área de su ocupación y entregaron las aguas que les da valor o los adecua? (*Winters v. Estados Unidos*, 207 U.S. 564, 576 (1908)).

Hubiera sido una injusticia vergonzosa si se confinara a los nativos en reservaciones sin darles los medios de sostenimiento. La decisión fue ciertamente intrépida por parte de la corte local de tomar y de la Corte Suprema de sostener. Pero la decisión audaz ostensiblemente favoreciendo a los nativos en un tiempo en que ellos

carecían de poder político o simpatía popular puede explicarse como promoviendo un propósito más amplio. El plan para la obtención y distribución de tierras originalmente indígenas para no-indígenas hubiera fallado si las tribus no pudieran sobrevivir en sus reservaciones. De hecho, en la reservación Fort Belknap los no-indígenas poseían considerables tierras y estaban ya haciendo gran parte de la agricultura. El negar a la reservación el uso de agua suficiente hubiera limitado sus utilizaciones. El conflicto entre el uso del agua para tierras dentro y fuera de la reservación puede verse como un conflicto entre no-indígenas dentro de la misma y por no-indígenas fuera de la reservación.

La doctrina de derechos reservados de *Winters* se volvió la regla principal de los derechos nativos de agua. Se aplicó posteriormente para proteger a los propios derechos de agua del gobierno federal en las tierras federales reservadas para parques, bosques, bases militares, y otros usos públicos (*Arizona v. California*, 373 U.S. 546 (1963)). Así como las tierras nativas, la cantidad de agua reservada dependía de los propósitos por el cual se estableció la reservación.

Al pasar los años, la doctrina de derechos reservados ha prometido más de lo que ha entregado. El gobierno lo ha aplicado pocas veces en litigio para aseverar derechos contra usuarios no-indígenas. Los mismos nativos, hasta hace treinta años, a menudo carecían de abogados propios para representarles en la protección de sus propios derechos de agua. En algunas ocasiones fueron representados en los litigios de agua por abogados gubernamentales a pesar de que el gobierno tenía conflicto de intereses ya que había promovido a los proyectos de agua para no-indígenas en las mismas fuentes de agua donde las tribus reclamaban derechos.

Mientras tanto, los no-indígenas construyeron represas y desviaron agua de los ríos e iniciaron usos dependientes del agua. El desarrollo no-indígena fue a menudo planificado y pagado por el gobierno federal, lo cual es irónico considerando el principio legal bien establecido en la Ley Indígena Americana que el gobierno está encargado con la responsabilidad de un fidei-comisario actuando para el beneficio de las tribus indígenas. La Comisión Nacional de Aguas encontró en su informe de 1973 que:

Después de *Winters*, . . . los Estados Unidos ha perseguido la política de alentar el asentamiento del oeste y la creación de granjas familiares en tierras áridas. En retrospectiva, se puede ver que esta política se persiguió con poca o ninguna consideración por los derechos indígenas de agua y la doctrina *Winters*. Con el aliento, o al menos la cooperación, de la Secretaría del Interior – la mismísima oficina encargada con la protección de todos los derechos indígenas – varios proyectos grandes de irrigación fueron construidos sobre ríos que fluyeron a través o bordearon las reservaciones indígenas, algunas antes de que el río llegara a la reservación pero las mayoría después. Con pocas excepciones los proyectos fueron planificados y construidos por el Gobierno Federal sin algún intento de definir, menos aún proteger, los derechos primarios que las tribus nativas pudieron haber tenido en las aguas usadas para los proyectos. . . . En la historia del tratamiento hacia las tribus nativas del Gobierno de los

Estados Unidos, su omisión en proteger los derechos nativos de agua para el uso en las Reservas que apartaron para ellos queda como uno de los capítulos más penosos.

Conflicto con Usuarios No-Indígenas

Muchas décadas después que la Corte Suprema en principio articuló la doctrina de los derechos reservados de agua, los derechos nativos al agua ganaron considerable atención cuando la Corte emitió su opinión en *Arizona v. California*, 373 U.S. 546 (1963). El caso consistía una asignación del flujo del Río Colorado entre tres de los estados que tocan al río. Los Estados Unidos, quien se involucró en el caso debido a que el río también cruza a grandes extensiones de tierras federales y nativas, reclamó derechos reservados para cinco tribus aledañas al río. La Corte Suprema recompensó a aquellas tribus 900,000 acre-pies de agua por año – una cantidad inmensa de agua – cantidad que determinó al calcular cuanta agua se requería para irrigar todo terreno irrigable en práctica en las cinco reservas. Esto envió un mensaje fuerte a los usuarios de agua en todo el oeste que se pudieran hacer reclamos nativos a cantidades formidables de agua. La doctrina de los derechos reservados había estado mayormente ociosa desde *Winters*, pero estaba lejos de estar muerta.

El método histórico para la asignación de agua en el oeste americano, conocido como “apropiación prior” se tomaba como reliquia religiosa en las leyes estatales. A pesar de que esta doctrina ha sido alterada de varias maneras y embellecido con reglas que satisfacen a importantes propósitos públicos, hace mucho que la mayor parte del agua del oeste fue asignado bajo este método, dando a los usuarios “prios” – aquellos que en primera instancia lo usaron para su beneficio – los mejores derechos. Los derechos mas valiosos son los mas antiguos debido a que en los tiempos de escasez los propietarios de aquellos derechos pueden insistir en la entrega de cantidad total de agua a la cual tienen derecho. En contraparte, cuando los usuarios decanos imponen sus derechos, los usuarios recientes a menudo deben rebajar su utilización de agua.

En realidad, la Corte Suprema creó los derechos reservados de agua para encajar al sistema de prioridad. Aunque el requerimiento de uso no se aplica, la tribu con derechos reservados si tiene una fecha de prioridad. En vez de tener la fecha en que primero uso el agua, tiene la fecha en que se estableció la reserva de la tribu. Debido a que la mayoría de las reservas se establecieron hace más de cien años, los derechos de agua consiguientes son bastante prios. Todo usuario posterior a la fecha debe asegurar que la tribu obtiene todo el agua a la que tiene derecho – bastante para cumplir con el propósito de la reserva antes – que los usuarios junior puedan tomar algo de agua.

Es fácil determinar la posición de la tribu en el sistema de prioridades mediante la fecha de reserva. Pero el alcance del derecho – el monto de agua garantizado a la tribu – permanece incierta hasta que sea determinada la cantidad de agua a la que tiene derecho. La cuantificación del derecho de agua de un no-indígena se establece dentro del sistema de apropiación prior con relativa facilidad simplemente porque la cantidad de sus derechos se determina basándose en el monto de agua que de hecho usó en el pasado.

Pero para las reservaciones nativas la tarea resulta mucha más difícil. Los derechos reservados existen sin una historia de uso efectivo sino deben ser cuantificados de acuerdo a los propósitos de la reservación que tienen origen en políticas gubernamentales antiguas. La pregunta es: ¿cuánta agua es necesaria para cumplir los propósitos de la reservación? La incertidumbre consecuente es preocupante para los usuarios de agua no-indígenas porque frustra sus inversiones y socava su seguridad.

Una solución a la incertidumbre es la de cuantificar los derechos reservados de los nativos. Esto puede llevarse a cabo jurídicamente al pedir que la corte decida cuanto agua es necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la reservación. Cuando el propósito de la reservación fue de permitir que los nativos practicasen la agricultura, las cortes siguen la formulación de la Corte Suprema en *Arizona v. California*, 373 U.S. 546 (1963). La Corte dijo que la cantidad de agua necesaria para los propósitos de agricultura pueden calcularse basándose en los acres irrigables en práctica (PIA). En regiones áridas la cantidad de agua que se precisa para producir una cosecha llega a ser enorme; al adoptar la fórmula PIA, la Corte Suprema abrió el camino a que las tribus reclamaran a inmensas cantidades de agua. La Corte rechazó categóricamente la idea que las tribus deban recibir meramente una “porción equitativa” del agua en un río o que los derechos se determinaran sobre la base de las poblaciones nativas de las reservaciones. La Corte indicó que los derechos no se crearon para cumplir con las necesidades actuales, sino para cumplir con las necesidades futuras y por lo tanto deben cuantificarse de acuerdo a la plena capacidad de uso de agua de la reservación.

Una corte buscando determinar que porcentaje del terreno es irrigable y cuanta agua es requerida para la irrigación debe examinar evidencia sobre tipos, estructuras y profundidades de suelo, topografía, contenido salino, tipos de cosechas y climatología. Ya que esta información usualmente se basa en estudios expertos de hidrología, soil sciences, ingeniería, y economía, los juicios pueden ser caros y de larga duración. Dada la importancia del agua en situaciones de escasez, el proceso de establecer la cantidad de agua a la que tiene derecho una tribu puede llegar a ser contencioso y, por ende, caro.

Las Cortes Estatales Deciden el Alcance de los Derechos Nativos

Los Estados Unidos tiene dos sistemas judiciales separados, el estatal y el federal. Los sistemas judiciales particulares de los cincuenta estados tienen cortes locales con jurisdicción general y sistemas judiciales de apelación para la revisión de decisiones locales. Estas cortes estatales normalmente deciden los asuntos relacionados con los derechos de agua que surgen dentro de ese estado. Los Estados Unidos por lo general no está sujeta a la jurisdicción de las cortes estatales, y el principio de la inmunidad soberana da provisión a que los Estados Unidos no se le pueda seguir un pleito sin consentimiento propio. Por lo tanto, en general las cortes estatales no pueden adjudicar los derechos federales de agua. Similarmente, las tribus nativas son consideradas como gobiernos soberanos con inmunidad soberana del pleito sin su consentimiento o el consentimiento del Congreso de los EE.UU.

Las cortes federales de distrito ubicadas en cada estado, y con un propio sistema de apelación, tienen mas jurisdicción limitada que las cortes estatales. La tarea primaria de las cortes federales es la de adjudicar los “asuntos federales,” con la inclusión de la interpretación y aplicación de las leyes federales. Esto puede incluir el determinar a cuanta agua tiene derecho una tribu para el uso en una reservación establecida bajo un tratado o acuerdo con los Estados Unidos. Aun así, el Congreso de los EE.UU. aprobó una ley en la década de los 50 indicando que cuando una corte estatal toma jurisdicción sobre la adjudicación de todos los derechos de agua de un río, los Estados Unidos resignará su inmunidad soberana al juicio y la corte estatal puede determinar todos los derechos de agua federales. La ley que autoriza a las cortes estatales la adjudicación de los derechos reservados nativos se conoce como Enmienda McCarran de 1952, 43 U.S.C.A. sec. 666.

El Congreso reconoció en la Enmienda McCarran la importancia para los no-indígenas de conocer claramente la extensión de los derechos de agua de las otras personas contra quienes podrían llegar a competir por el agua en tiempos de escasez bajo la ley de apropiación prior. La ley se aplica a todos los derechos de agua del cual los Estados Unidos es “dueño.” Aunque los Estados Unidos técnicamente solo estaría tomando propiedad de las aguas nativas en fideicomiso para las tribus, la Corte Suprema reglamentó que el Congreso quiso extender la jurisdicción estatal sobre esos derechos cuando los derechos a un río entero se adjudicaban. *Colorado River Water Conservation District v. United States*, 424 U.S. 800, 810 (1976).

El estar sujeto a la jurisdicción de la corte estatal para al adjudicación de sus derechos de agua causa gran preocupación dentro de las tribus. Ellos comprensiblemente temieron que las cortes estatales serían menos equitativas que las federales. De hecho, existe una historia de tensión entre las tribus y los estados. Hace tiempo atrás, la Corte Suprema describió a la situación de los nativos con relación a los estados: “Ellos no deben lealtad a los estados, y reciben de ellos ninguna protección. Debido al malestar local el pueblo de los estados en que se encuentran son a menudo sus mortales enemigos.” *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375, 384 (1886).

Después que la Corte Suprema aclaró que los derechos nativos de agua estaban sujetos a la determinación de las cortes estatales, muchos estados iniciaron “adjudicaciones generales de ríos” – procedimientos legales que involucraban en ciertos casos hasta decenas de miles de reclamantes de derechos de agua en una cuenca entera. El costo y complejidad de estos procedimientos han sido una carga pesada para todos. Algunas adjudicaciones han continuado por más de veinte años y aún no se han acercado a su fin. Hoy en día, existen mas de sesenta casos pendientes sobre derechos nativos de agua pendientes en las cortes estatales.

Aunque los indígenas creían que las cortes estatales no proveerían justicia para sus reclamos de derechos de agua, los resultados han variado. En la mayoría de los casos, las tribus pudieron depender de los Estados Unidos como su fideicomisario para proveerles de abogados y testigos expertos. Las alianzas de gobierno y abogados tribales han llegado a presentar con competencia sus casos delante las cortes. En algunos casos,

las cortes estatales han entregado a las tribus cantidades impresionantes de agua. Aun así, el registro total de los casos no ha llegado a calmar las críticas de los que sienten que el relegar a los derechos tribales a la misericordia de las cortes estatales sería injusto para los indígenas.

En la adjudicación del río Big Horn, por ejemplo, la Corte Suprema de Wyoming afirmó el derecho de las tribus de la reservación Wind River de aproximadamente 400,000 acres-pies de agua, la mayor parte del agua del río. *In re General Adjudication of All Rights to Use Water in the Big Horn River System*, 753 P.2d 76, affirmed, *Wyoming v. United States*, 492 U.S. 406 (1989). Innegablemente, la cantidad de agua, basada en la determinación de una corte menor de la cantidad de terreno irrigable en la reservación, es enorme. Sin embargo, la corte suprema estatal rechazó los reclamos de la tribu para el uso en desarrollo mineral, pesca, caza o estética. También rechazó el intento de la tribu de extender sus derechos reservados a las aguas subterráneas. Varios estudiosos y al menos algunas cortes discrepan en cuanto a cada una de estas tenencias. Si es que la corte estatal erró o no al definir el alcance de los derechos reservados de las tribus, sin embargo les otorgó suficiente agua para eclipsar los impactos de partes de su decisión. El gobierno estatal desafió la decisión en la Corte Suprema de los Estados Unidos pero la decisión de la corte estatal se sostuvo, aunque apenas, los jueces de la Corte Suprema dividieron su voto cuatro contra cuatro.

El caso *Big Horn* es la única adjudicación de los derechos nativos de aguas por parte de una corte estatal que ha procedido hasta el juicio y apelación final de la Corte Suprema. Pero otras cortes estatales han entregado fallos en la adjudicación general de ríos, algunos favorables y otros no favorables para las tribus nativas. En Arizona, la corte suprema estatal sostuvo que el tratamiento en las leyes estatales de las aguas subterráneas como un recurso que es asignado y administrado de manera totalmente separada a las aguas de superficie no podía afectar los derechos de las tribus al agua subterránea bajo la doctrina de derechos reservados pues esos derechos eran un asunto de ley federal. *San Carlos Apache Tribe v. County of Maricopa*, 972 P.2d 179 (Ariz. 1999). Sin embargo, en Idaho las cortes estatales rechazaron los reclamos tribales de estar exentos del proceso de adjudicación estatal bajo la Enmienda McCarran. *In re Snake River Basin Water System*, 764 P.2d 78 (Idaho 1988)

Arreglo Negociado de los Reclamos a los Derechos Nativos de Agua: Una Alternativa al Litigio

Existen variaciones entre los resultados de las adjudicaciones en las cortes estatales de los derechos nativos de agua, pero todos han sido terriblemente costosos y tomaron años para llegar a su conclusión. La combinación de los resultados impredecibles y las cargas económicas del litigio ha llevado a todas las partes a considerar seriamente a la negociación como una alternativa al litigio. A partir de 1980 han existido aproximadamente dieciocho arreglos negociados en los derechos nativos de agua. Los arreglos negociados por lo general comienzan después que una tribu o los Estados Unidos se hace parte de un litigio con usuarios de agua estatales o no-indígenas. A veces puede seguir a un litigio en las cortes federales por parte de la tribu o los Estados

Unidos. En algunos casos los arreglos negociados empezaron sin la existencia de un litigio.

Las Negociaciones por lo típico permiten la participación de todas las partes interesadas. A veces requiere que decisiones jurídicas de asuntos legales básicos como ser la fecha de prioridad de la tribu. Las negociaciones son mas útiles cuando existen desacuerdos en cuanto a los datos técnicos. En vez de pasar mas tiempo compitiendo entre sí, las partes buscan crear una solución que satisface de forma general las necesidades respectivas. En vez de una decisión todo-o-nada por parte de la corte con una victoria definida para una de las partes, ellos buscan caminos que proveen un reconocimiento de los derechos tribales de agua sin poner en peligro los usos existentes del agua. Aunque las tribus pueden no recibir las cantidades totales de agua al que reclamaron originalmente o en potencia, a menudo obtienen dinero – en su mayoría del gobierno federal – para permitirles construir las facilidades que pondrían en uso sus derechos cuantificados de agua.

La “lubricación” de los fondos federales ha sido un elemento clave en la mayor parte de los arreglos por los derechos nativos de agua. Permite que las tribus aseguren no solamente derechos de agua en papel sino también “agua mojada” entregada mediante sistemas de irrigación y acueductos para uso domestico. Al mismo tiempo, los no-indígenas ganaron la seguridad que podrán continuar usar el agua bajo derechos que son posteriores a los derechos tribales. A veces se asegura también el financiamiento federal o estatal para proyectos que beneficien a los usuarios de agua no-indígenas. Debido a que el financiamiento es usualmente parte del paquete de un arreglo, el Congreso debe aprobar el acuerdo alcanzado por las múltiples partes y apropiar dinero. De esa manera, los arreglos casi siempre son acompañados por legislación federal y ocasionalmente legislación adicional de parte del estado. Aunque cada arreglo de derechos nativos de agua es único, varios ejemplos permiten ilustrar como funcionan.

El Congreso aprobó dos acuerdos por agua en Arizona. En 1978, la Comunidad Indígena Ak-Chin acordó con la Secretaría del Interior ceder una cantidad substancial de reclamos de agua contra usuarios no-indígenas a cambio de 85.000 acres-pies de agua de irrigación provistos por un proyecto federal de un campo de pozos. (Ley Pública No. 95-328, 42 Stat. 409 (1978); Ley Pública No. 98-530, 98 Stat. 2698 (1984); Ley Pública No. 102-497, 106 Stat. 3528 (1992)). El uso del agua de pozo por parte de la reservación Ak-Chin, sin embargo, hubiera llevado a la disminución de las aguas subterráneas pertenecientes a otra reservación. Para poder evitar este problema, el Departamento del Interior renegoció un contrato de agua con un distrito de irrigación, que recibía su agua del río Colorado, para entregar su agua sobrante a la tribu. En 1982, la Banda San Javier de la Nación Thono O’Odham en primera instancia arregló sus reclamos a aguas subterráneas sin involucrar al gobierno federal en el proceso del arreglo. La tribu no pudo proceder al acuerdo final sin la participación y apoyo financiero del gobierno federal. La ley finalmente se aprobó (Public Law No. 97-293, 96 Stat. 1274 (1982)). Estos acuerdos por agua ejemplifican a las negociaciones exitosas por agua, las cuales proveen a las tribus con promesas de agua entregada y la consideración de sus derechos reservados de agua.

Cada arreglo es diferente debido a que las situaciones legales, geográficas, y económicas de las tribus varían así también los factores políticos. La habilidad que tiene un tribu y sus vecinos de obtener un arreglo difiere con el poder relativo de los miembros de Congreso de representar a ese estado. El que el Congreso sea receptivo a los acuerdos y la necesidad de apropiar fondos federales también varía de acuerdo a la salud económica del gobierno federal en el momento de presentarse el paquete de un arreglo. Sin tomar en cuenta las diferencias inevitables entre ellos, una revisión de los arreglos por los derechos indígenas de agua hasta la fecha muestra características en común entre varios de ellos.

- **Inversión federal en agua o facilidades para agua.** Al proveer los fondos para la construcción de represas y infraestructura de entrega, el acuerdo puede asegurar la entrega del agua a los indígenas y no-indígenas.
- **Participación no-federal en el costo.** Una condición típica de la provisión de fondos federales es que los gobiernos estatales y locales carguen una porción del costo del arreglo.
- **Creación de un fideicomiso tribal.** Usualmente se apropian fondos para el uso por parte de las tribus. A veces el dinero se utiliza para desarrollo hídrico y a veces esta disponible de forma general para el desarrollo económico.
- **Venta limitada del agua afuera de la reservación.** Por varias razones, las tribus dueñas de derechos al agua no pueden o no quieren usar toda su agua dentro de las reservaciones. El permitir que arrienden su agua para el uso de los no-indígenas fuera de la reservación puede proveer un ingreso de dinero que puede ayudar a desarrollar la economía de la tribu a la vez que proporciona a los no-indígenas el agua que requieren. Bajo los sistemas legales que gobiernan el agua en el oeste americano, los derechos de agua pueden transferirse con pocas restricciones mas allá de la protección de otros propietarios de derechos de agua. El negar a las tribus el mismo derecho parece injusto. La mayoría de los paquetes de arreglos permiten que las tribus vendan su agua pero casi todas imponen restricciones mayores a las que se aplican cuando los no-indígenas transfieren sus derechos de agua.
- **Deferencia a la ley estatal.** A menudo los acuerdos ponen el uso de agua indígena bajo sujeción de las leyes estatales, al menos cuando el agua se utiliza fuera de la reservación. Cuando dos o más estados entran en un convenio asignando el uso de un río que es la fuente de agua usada para satisfacer a los reclamos de derechos de agua tribales, el acuerdo del arreglo por los derechos de agua indígena y la legislación que lo acompaña usualmente proveen que el convenio gobierne al uso de agua.
- **Preocupación por la eficiencia, conservación, y el medioambiente.** Esto es menos usual en los arreglos, sin embargo, se incluye en varios de ellos la

provisión para mejorar la eficiencia del uso hídrico y avanzar los valores en pro del medioambiente.

- **Beneficios para No-indígenas.** La viabilidad de los acuerdos de agua indígenas depende de si produce beneficios para los no-indígenas. Como mínimo, los no-indígenas reciben la certeza que su uso establecido de agua podrá continuar. Si los Estados Unidos está de acuerdo en construir facilidades hídricas, los no-indígenas también obtienen acceso al agua que permite nuevos usos. En algunos casos, los no-indígenas han podido obtener financiamiento federal para un proyecto que de otra manera hubiera sido políticamente imposible. Al “arroparlo en un manto indígena” ellos pueden hacerlo políticamente viable.

Actuales Asuntos sobre los Derechos Indígenas de Agua

Finalidad de las Determinaciones

Una de las metas que tienen los no indígenas al buscar la cuantificación de los derechos Indígenas es el de proveer la certeza que precisan para hacer inversiones y prestarse dinero para construir proyectos de agua. Esto de seguro fue el motivo tras la Enmienda McCarran. Las tribus también pueden beneficiarse al conocer el alcance completo de sus derechos al intentar atraer inversiones en facilidades de agua y de otra manera realizar valor a partir de sus derechos de agua. Las tribus cuyos derechos de aguas han sido adjudicados aprendieron que ellos sufrirán las consecuencias si no tienen una representación adecuada en el litigio de sus reclamos. Aún si se cometen equivocaciones no pueden volver a ajustar sus derechos de agua, pues eso causaría disrupción en las expectativas no-indígenas. La eventualidad que ese resultado en una adjudicación sea permanente levanta serias preguntas para cualquier tribu emprendiendo una cuantificación de sus derechos de agua.

En dos casos donde las tribus tuvieron sus derechos fijados en el pasado y quisieron reabrir casos para expandir sus derechos, la Corte Suprema rehusó permitir cualquier cambio en derechos tribales. En *Arizona v. California* (373 U.S. 546 (1963)) cinco tribus colindantes al río Colorado fueron representadas contra los estados por el Departamento de Justicia de los EE.UU. Los abogados federales fallaron en reclamar toda la tierra irrigable en práctica. Por lo tanto, los derechos de agua de las tribus fueron limitados a la cantidad necesaria para las tierras irrigables reclamadas por el gobierno. Las tribus luego contrataron a sus propios abogados y expertos y reabrieron el caso. Ellos reclamaron que tierras adicionales eran irrigables y pidieron que la Corte Suprema les otorgara una cantidad mayor de agua. Pero la Corte Suprema en 1983, veinte años después de la decisión original, sostuvieron que la cuantificación no podría cambiarse a menos que existiera un error en lindes reconocida jurídicamente. *Arizona v. California*, 460 U.S. 605 (1983). La Corte Suprema dijo que existe un “interés fuerte en la finalidad” en la ley de aguas del oeste americano y por lo tanto sería injusto para los no-indígenas que dependieron de la decisión anterior si se permitiera que las tribus aumentaran sus derechos.

En otro caso, la tribu Paiute del lago Pyramid también dependieron en los Estados Unidos para proteger sus intereses en la corte. La tribu dependía históricamente en la pesca, y su reservación consistía casi enteramente de un lago grande. A principios del siglo veinte la Oficina de Reclamos de los EE.UU. construyó un proyecto federal de irrigación para beneficiar a granjeros no-indígenas de la vecindad. El proyecto federal de aguas desvió casi la totalidad del agua del único río que proporcionaba agua al lago. Los EE.UU. fueron a la corte estatal para asegurar el agua necesaria antes de construir el proyecto. Diciendo representar tanto a la tribu como al proyecto de irrigación, el gobierno federal reclamó solo el agua suficiente para irrigar las tierras indígenas en el círculo delgado de tierra alrededor del lago, y no reclamaron agua para mantener a la pesca indígena. Sin agua para sostener a la pesca y el nivel del lago, el lago encogió y los pescados murieron.

Años después la tribu, mediante sus propios abogados, probaron que los EE.UU. fallaron reclamar los derechos suficientes de agua debido a su conflicto de intereses y lograron que una corte menor ordenara al gobierno tomar acción consistente con su responsabilidad de fideicomisario y de dejar de divertir todas las aguas al proyecto de reclamación. Los EE.UU. también fue forzado a reabrir el viejo caso que otorgó a la tribu derechos inadecuados. Pero, bajo apelación, la Corte Suprema de los EE.UU. rehusó permitir que el caso se reabriera, citando el interés de los no-indígenas en tener certidumbre en sus derechos de agua. *Nevada v. United States*, 463 U.S. 110 (1983).

Los resultados de estos dos casos hace imperativo que las tribus cuyos derechos reservados de agua están siendo determinados bajo adjudicación participan plena y agresivamente en la defensa de sus derechos. Esto es dificultoso para las tribus con recursos financieros limitados. Sin embargo, en tiempos recientes los Estados Unidos ha provisto financiamiento para la contratación de abogados y expertos para algunas tribus, aun cuando está representando a la tribu como fideicomisario.

El espectro intimidante de un juicio final e inalterable puede proveer un argumento en contra de buscar una adjudicación de los derechos reservados de agua. Sin embargo, en la mayoría de los casos las tribus no tuvieron opción sobre la adjudicación de sus derechos pues bajo la Enmienda McCarran los Estados Unidos puede ser enjuiciado cualquier vez que un estado inicia un adjudicación general de un río y debe reclamar todos los derechos de agua federales e indígenas. Aunque una tribu, como gobierno soberano, permanece inmune del juicio, las decisiones de la Corte Suprema enseñan que si una tribu se abstiene de una litigación lo hace bajo su propio peligro.

Venta de Agua

Uno de los asuntos más controversiales en cuanto a los derechos de agua indígenas es si una tribu puede vender o arrendar su agua a no-indígenas fuera de sus reservaciones. En muchos casos, el gobierno decide que los indígenas deben volverse agricultores, y les movieron a reservaciones para ese propósito. Sin embargo, algunas de estas tribus no tuvieron una tradición cultural basada en la agricultura o eran incapaces de producir para sus necesidades porque fueron colocadas en reservaciones que eran

demasiado pequeñas o tenían tierra demasiado pobre para la agricultura. Esto ha llevado a que algunas tribus consideraran permitir a otros usar sus aguas fuera de la reservación. Como se explicó anteriormente, la mayoría de los acuerdos negociados para los derechos indígenas de agua proveyeron para ciertos usos fuera de la reservación de los derechos tribales de agua, aunque la venta de agua está típicamente limitada en su localidad y alcance.

Los no-indígenas controlan a las mejores tierras para la agricultura en muchas reservaciones. La política de asignación abrió las reservaciones para el asentamiento no-indígena; hoy en día, los no-indígenas cultivan el 69% de las granjas y tienen el 78% de las tierras irrigadas en las reservaciones de toda la nación. Además, en los últimos cien años, las tierras asignadas a los indígenas individuales han sido heredadas por un número inmanejable de herederos. La única manera de poner estas tierras en uso es el arrendarlas, usualmente a granjeros no-indígenas. Una porción de los derechos reservados de agua de la tribu se fija a las tierras asignadas y el derecho de usar agua acompaña la arrienda de los no-indígenas. *Skeem v. United States*, 273 Fed. 93 (9th Cir. 1921); 25 U.S.C. sec. 415.

Existe un debate considerable en cuanto si las tribus debiesen tener el derecho legal que permite que sus derechos de agua sean usados fuera de sus reservaciones. Los oponentes de la venta de agua indígena argumentan que la naturaleza del derecho reservado es de hacer útiles a las tierras de las reservaciones y que este propósito no se cumple si las aguas se utilizan en otra parte. Los proponentes dicen que el propósito último de las reservaciones es el proveer una tierra madre donde los indígenas sean autosuficientes. Esta meta es más alcanzable si las tribus pueden entrar al mercado y realizar el valor económico de sus recursos tribales.

La venta de agua indígena fuera de la reservación podría proveer una manera para la continuación y expansión de los usos no-indígenas. Con el simple acto de pagar a los indígenas por el derecho de usar sus aguas los usuarios no-indígenas pueden comprar la certeza que actualmente carecen. Sin embargo, los no-indígenas que dependen del uso de aguas indígenas no desarrolladas sin pagar no quieren ser forzados a comenzar a pagar. Esto es porque algunos han intentado levantar argumentos políticos y legales contra la venta.

La pregunta legal acerca de la venta de agua indígena de mas sustancia es si una tribu tiene el derecho legal de transportar lo que es en esencia un derecho de propiedad tribal. Una de las reglas más antiguas de la ley indígena es que las tribus no pueden transferir tierra o derechos a la tierra a no-indígenas sin la participación o aprobación del gobierno de los Estados Unidos. *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); Non-Intercourse Act, 25 U.S.C.A. sec. 177. Cualesquiera dudas legales que se tengan en cuanto a este punto pueden resolverse al obtener el consentimiento del Congreso. Tal consentimiento fue otorgado en varios acuerdos negociados de agua indígena que permiten la venta de agua. La acción por parte del Congreso elimina la discusión si existe un conflicto fundamental entre el razonamiento original de la Corte Suprema para los derechos reservados de agua y la utilización de estos fuera de la reservación por parte de una tribu. De todas maneras el fundamento de cualquier restricción sobre el

enajenamiento de la propiedad indígena es para asegurar la protección de los derechos indígenas de usurpación por parte de los no-indígenas y los estados. Por lo tanto, la inquietud primaria en cuanto a la disponibilidad del agua a la venta debería ser si se ha tratado con justicia a las tribus. Presuntivamente, la aprobación por parte del Congreso debería depender sobre una investigación para determinar si la transacción estaría en los mejores intereses de la tribu.

Algunos observadores han propuesto que el Congreso autorice a las tribus arrendar sus derechos de agua sujeto a la aprobación de la Secretaría del Interior así como las tribus actualmente pueden arrendar a las tierras tribales bajo aprobación secretarial. Uno de los argumentos que se esgrime a favor del arrendamiento de las aguas indígenas es que los no-indígenas pueden transferir libremente a su agua y derechos de agua mientras no dañen los derechos de otros. Por lo tanto, no es equitativo negar a las tribus los mismos atributos para sus derechos de agua. Hasta el momento, el Congreso no considerado seriamente a la legislatura que permita el arrendamiento de agua indígena.

Códigos y Administración de Agua

Como territorios soberanos con jurisdicción sobre sus miembros y territorio, las tribus indígenas pueden promulgar y aplicar legislación y regulaciones que tratan a los derechos de agua. Sin embargo, su habilidad de hacer eso ha sido frustrada por impedimentos políticos a la aprobación por parte del gobierno federal de los códigos de agua tribales y por recientes decisiones de la Corte Suprema que limitan el alcance de autoridad regulatoria tribal sobre los no-indígenas de las reservaciones.

Queda claro que un estado no tiene jurisdicción para regular el uso indígena de derechos de agua indígenas. Esto es parte de una tradición legal de mas de 150 años de mantener la jurisdicción tribal sobre los indígenas y su propiedad en las reservaciones libre del control estatal. La pregunta más difícil es bajo que circunstancias los no-indígenas en reservaciones indígenas puedan ser controlados por las tribus y si es están sujetos a la jurisdicción estatal. Generalmente, si los no-indígenas están en tierra india ellos, como los indígenas, pueden estar sujetos a la jurisdicción estatal.

Sin embargo, ciertas decisiones recientes por parte de la Corte Suprema han creado dudas sobre si las tribus pueden regular a los no-indígenas, especialmente si están sobre tierra sin dueño indígena. Un caso dice que la tribu puede tener jurisdicción sobre un no-indígena en su reservación, aún sobre tierra perteneciente al no-indígena, si la conducta del no-indígena puede amenazar o “tener efecto directo sobre la integridad política, la seguridad económica, o la salud y bienestar de la tribu.” *Montana v. United States*, 450 U.S. 544, 566 (1981). El uso de los recursos hídricos de una reservación presuntivamente afectaría a algunos o todos estos intereses. Pero en el caso que trata específicamente con aplicabilidad del código de agua tribal, *United States v. Anderson*, 736 F.2d 1358 (9th Cir. 1984), la corte decidió que la tribu carecía del interés requisito en el asunto y no podía regular al uso no-indígena de agua. Esto fue porque el río en cuestión se originaba fuera de la reservación, corría por un tramo corto de la frontera de la reservación, y luego se viraba y se unía al río Spokane fuera de la reservación.

En *Holly v. Las Tribus y Bandas Confederadas de la Nación Indígena Yakima*, 655 F. Supp. 557 (E.D. Wash. 1985), sobrenombre afirmado, *Holly v. Totus*, 812 F.2d 714 (9th Cir. 1987), certiorari denegado, 484 U.S. 823 (1987), la misma corte sostuvo la aplicación del código de agua tribal a no-indígenas usando agua en su tierra dentro de la reservación cuando el río se encuentra enteramente dentro de la misma. Sin embargo, la corte añadió que la tribu no podía controlar el agua en exceso usado por los no-indígenas – presumiblemente el agua no sujeto a derechos reservados de agua.

Aparentemente las tribus con códigos y regulaciones comprensivos y bien desarrollados para la administración de aguas en sus reservaciones estarían en mejores condiciones de demostrar la necesidad de regular al agua no-indígena para promover los intereses tribales. Por ejemplo, la Corte Suprema de los EE.UU. sostuvo la autoridad exclusiva de la Tribu Apache Mescalero de regular la caza y pesca en su reservación, incluyendo a la caza y pesca por no-indígenas, donde la tribu tenía un programa regulatorio comprensivo de conservación de caza y pesca. *New Mexico v. Mescalero Apache Tribe*, 462 U.S. 324 (1983). Este caso no trató a la regulación dentro de terrenos no-indígenas, pero la corte enfatizó la importancia para la tribu de tener una regulación unificada para un recurso como la fauna.

Las tribus que intentan crear legislación para la regulación de los recursos hídricos en sus reservaciones no tienen apoyo de parte del Departamento del Interior de los EE.UU. Aproximadamente la mitad de las constituciones tribales tienen provisiones que requieren la aprobación de cierta legislación tribal por parte de la Secretaría del Interior antes de hacerse efectiva. Por veintisiete años el departamento ha mantenido un moratorio a la aprobación de cualquier código del agua tribal que se extendería al uso no-indígena de agua. En dos ocasiones el departamento circuló regulaciones en bosquejo gobernando la aprobación de tales códigos, pero se encontraron con una tormenta de oposición por parte de senadores y diputados del oeste. El gobierno federal se ha apartado del moratorio en contados casos para aprobar códigos tribales como parte de arreglos de agua negociados aprobados por el Congreso.

La administración del Presidente Clinton dio voz de simpatía al esfuerzo tribal de regular los recursos hídricos, pero no cambio la política. El Secretario Bruce Babbitt dijo que si una tribu quisiera aprobar un código de agua y confrontara el requerimiento de aprobación secretarial, como se incluye en muchas constituciones tribales, todo lo que la tribu precisa hacer es enmendar su constitución para remover el requerimiento de la aprobación secretarial de ordenanzas, y la Secretaría aprobaría la enmienda que remueve el requerimiento de aprobación para que la tribu pudiera adoptar un código sin la necesidad de aprobación federal. Aunque no todas las tribus tienen un requerimiento de aprobación secretarial para códigos tribales, y los que si tienen también poseerían un mecanismo para remover el impedimento, la política aparente del Departamento del Interior que desfavorece a los códigos tribales puede significar dificultades si un indígena desafía la puesta en acción del código y se lleva a la corte para examinar la autoridad de la tribu para poner en acción la provisión.

A pesar del área de incertidumbre sobre el cumplimiento de los códigos de agua tribales sobre los no-indígenas dentro de una reservación, muchas tribus tienen códigos sofisticados. Algunos tienen profesionales bien capacitados dentro del personal de los departamentos de recursos hídricos que planifican el uso de recursos hídricos y ejecutan los derechos de agua entre los que comparten el uso de agua dentro de la reservación.

Uso de Derechos para Propósitos Nuevos

Los derechos reservados de agua se cuantifican de acuerdo a los propósitos por los cuales el gobierno federal estableció una reservación indígena. Como se ilustró anteriormente, el propósito expresado con más frecuencia en la creación de las reservaciones fue la de habilitar a los indígenas en la agricultura, pero los derechos reservados pueden asomarse a partir de otros propósitos. Por ejemplo, en las regiones donde la pesca y caza fue históricamente importante las reservaciones se localizaron para proveer acceso a los ríos y lagos que habilitan la continuación de costumbres tradicionales.

En *United States v. Adair*, 753 D.2d 1394 (9th Cir. 1983), certiorari denegado *Oregon v. United States*, 467 U.S. 1252 (1984), la corte encontró que una provisión de su tratado garantizando a la tribu Klamath el derecho exclusivo de cazar, pescar, y recolectar en su reservación muestra el propósito primario para la creación de la reservación. Otras partes del tratado mencionan a la agricultura; la corte encontró que el animar a los indígenas a participar de la agricultura fue el segundo propósito esencial de la reservación. Aunque la ley estatal no permitía los derechos de agua para la pesca y caza, la corte sostuvo que los indígenas tenían tales derechos y que podían ponerse en acción para impedir que los no-indígenas redujeran los aguas debajo de los niveles requeridos para mantener corrientes de pesca y caza.

Se asoma una pregunta más difícil cuando una tribu quiere usar agua para propósitos diferentes a los propósitos por los cuales fueron cuantificados sus derechos de agua. Por ejemplo, si los derechos se cuantificaron para uso en la agricultura, ¿puede una tribu usar el agua para propósitos industriales, o para la pesca, o aún para regar un campo de golf? En *Arizona v. California*, 439 U.S. 419 (1979) la Corte aprobó el informe de un Maestro Especial y decidió los derechos reservados de agua de las tribus sobre el río Colorado. El informe del Maestro dijo que los usos de agua de las tribus no se limitaban al propósito de la agricultura como fue la base de la cuantificación.

No todas las cortes han seguido este acercamiento. En la adjudicación *Big Horn*, la corte cuantificó los derechos reservados de las tribus de acuerdo al área irrigable. 753 P.2d 76, 98 (Wyo. 1988), afirmado, *Wyoming v. United States*, 492 U.S. 406 (1989). Las tribus del río Wind decidieron usar una porción de sus derechos para restaurar a los flujos de vías hídricas de su reservación y aumentar la vida acuática destinada a la pesca. Ellos reconocieron una oportunidad de recuperar un ecosistema natural y de cosechar beneficios económicos del turismo y el uso de recreación al atraer aficionados a la pesca. Los usuarios de agua no-indígenas de la reservación quienes hubieran necesitado dejar el agua en los ríos en vez de desviarlo para la irrigación objetaron y llevaron el asunto ante

la corte. La corte suprema estatal rechazó el intento de la tribu de usar agua para flujos hídricos del mismo sistema, diciendo que cualquier cambio en el uso debería estar de acuerdo a la ley estatal de Wyoming, el cual no reconoce a los usos de agua para aumentar flujos hídricos del mismo sistema como “beneficial.” *In re Adjudicación General de todos los Derechos de Usar Agua en el Sistema de Ríos Big Horn*, 835 P.2d 273 (Wyo. 1992). La Corte Suprema de los Estados Unidos no revisó la decisión.

Si una tribu cambia sus derechos de agua a usos que no fueron el fundamento para la cuantificación de los derechos reservados y si debe aprobarse bajo ley estatal, la corte estatal puede revisar la decisión bajo el llamado regla “sin daño.” Esta regla se aplica a todos los cambios en uso bajo un sistema de apropiación. El limitar a las tribus a un solo tipo de uso y prohibir todos los cambios sería inconsistente con ese sistema de derechos de agua. Pero cuando los apropiadores priores cambian su uso deben demostrar que ningún otro usuario de agua será dañado por el cambio. Si la regla sin daño se aplica a los derechos reservados indígenas de agua puede hacerles inutilizables. Hagan memoria que las tribus generalmente no han podido recaudar el capital suficiente para utilizar sus derechos de agua. En la Reservación Wind River, por ejemplo, el gobierno federal financió un sistema de irrigación que servía por la mayor parte a granjeros no-indígenas en la reservación. La introducción de usos indígenas en Wind River y en otras cuencas donde las inversiones de cientos de usuarios no-indígenas depende del uso de agua que la tribu, como poseedores de derechos de agua con mayor antigüedad, podría haber reclamado, está destinado a causar daño a no-indígenas.

No existe duda que las posesiones de los usuarios de agua no-indígenas merecen consideración. Los irrigadores no-indígenas son vecinos y generalmente no son responsables por la manera que el sistema del cual se benefician se desarrolló y por el hecho de que se ha operado al detrimento de los indígenas. El gobierno creó el sistema y los no-indígenas heredaron la situación. Ellos tienen la esperanza razonable de que las condiciones presentes continuarán. Por otro lado, ellos han estado usando agua indígena para desarrollar su riqueza. En estas circunstancias, parece inapropiado ignorar la regla sin daño o aplicarlo mecánicamente.

Walker y Williams proponen que las tribus como las de la Reservación Wind River ejercitan su autoridad para administrar y regular los derechos de agua en sus reservaciones y al hacerlo toman control de la cuestión de “cambio de uso.” Ellos pueden adoptar criterios para las “políticas sensatas de uso de agua para todos los ciudadanos de la reservación,” no-indígenas así como indígenas. Walker y Williams 1991, 5:10. Algunos no-indígenas han dependido de los permisos estatales para el uso de agua desviada en la reservación que datan hace mas de ochenta años. Walker y Williams urgen a las tribus “balancear los intereses complejos de estos no-indígenas contra . . . [l]as circunstancias históricas únicas del desarrollo hídrico en las reservaciones indígenas [que] pueden compeler al compromiso.” Walker y Williams 1991, 5:9. Ellos indican que uno de los compromisos sería que las tribus adopten un estándar de interés público para la administración de aguas de reservación tribales y aplicar de tal manera que considera y pesa, entre otras equidades, el daño a los usuarios menos antiguos al cambiar el uso de los derechos reservados de agua.

¿Un Desajuste entre Ley y Cultura?

La totalidad de la doctrina de los derechos reservados de agua se basa no en los valores indígenas sino en los propósitos legislativos federales. La mera existencia de cualquier derecho de agua así como la cantidad de esos derechos depende sobre propósitos federales derivados a partir de tratados, acuerdos, estatutos, y órdenes ejecutivas. Típicamente, sino siempre, los términos fueron dictados por negociadores federales y la política federal en situaciones donde los indígenas estaban en una situación de debilidad.

La integridad de la tierra, agua, y el mundo natural es el corazón de casi la totalidad de la vida cultural y espiritual de las tribus. Las culturas indígenas tradicionales de seguro necesitaban de agua sin embargo los derechos *legales* al agua estaban atados al cumplimiento de metas políticas nacionales y no a la protección cultural.

Aunque los derechos reservados de agua no se crearon con la intención de proteger a los valores culturales tribales, los usos de agua que se aseguran por derechos reservados pueden aun así promover los valores culturales. Los sistemas de valores indígenas algunas veces crean “demandas” por agua que pueden satisfacerse por los derechos de agua reconocidos por ley. En el desierto del suroeste americano, algunas tribus han establecido culturas alrededor de la irrigación utilizando a las corrientes esparzas y temporales. Así como las tribus quienes fueron forzadas a la agricultura por la política gubernamental, ellos precisaban del agua de irrigación. En otras situaciones, el agua reservado para la agricultura de acuerdo a la política nacional puede cambiarse a otros usos para satisfacer a las demandas culturales indígenas tales como la pesca para la subsistencia o para propósitos espirituales. La lucha de las tribus Wind River descrita en la sección anterior demuestra que esto no es siempre posible.

Conclusión

La doctrina de los derechos reservados de agua es por cierto una fuerza potente para las tribus. Aun así su aplicación no ha justificado las preocupaciones que la aseveración de los derechos indígenas de agua desplazarán a los usos no-indígenas establecidos. Esto es en parte porque solo un manojito de tribus – menos de treinta – han podido finalmente determinar la extensión de sus derechos mediante la litigación o la negociación. De esos, sólo unos cuantos han puesto una significativa porción de sus derechos al uso. Consecuentemente, los no-indígenas no han sido afectados adversamente por el uso indígena de agua. Como escribe Richard Collins:

[E]sta situación ha generado poderosas fuerzas políticas y financieras que se oponen al desarrollo indígena, del cual se ha visto muy poco. Han existido aseveraciones extravagantes de la amenaza puesta por los reclamos indígenas de agua, pero el actual conflicto ha sido casi enteramente una guerra de palabras, papel, y abogados. Las llamadas indígenas no están cerrando a las compuertas de esclusa de nadie. Collins 1985, 56:482.

La doctrina tiene fuerza teórica y el desafío de los abogados y líderes tribales es el de darle potencia en la práctica. Una tribu tiene mayores oportunidades de obtener atención si lleva adelante un juicio. La litigación por parte de las tribus crea una amenaza creíble debido a la doctrina de derechos reservados. Pero el proceder en la corte a una conclusión puede ser prohibitivamente caro para muchas tribus.

Existen otros foros para la aseveración de los derechos reservados indígenas de agua pero todos son caros y arduos, incluyendo la adjudicación y la negociación. También producen resultados no parejos. El éxito puede depender de la calidad y la imparcialidad de la corte. Si la negociación y la legislación son requeridas entonces dependerá del poder y habilidad política de la delegación congresional del estado y la situación actual de la salud económica de la nación.

Aun después de que se cuantifican los derechos de agua tribales a menudo permanecen sin usarse debido a la escasez de capital para financiar el desarrollo hídrico, restricciones en la venta, y límites en los cambios de uso. A veces los únicos usos disponibles bajo una ley aplicable no son las que la tribu puede perseguir para promover sus valores culturales. Las tribus necesitan ejercitar un control comprensivo sobre el agua de los usuarios no-indígenas dentro de la reservación para poder proteger a los recursos y valores tribales. Las barreras de jurisdicción en la ley indígena de los EE.UU. pueden impedir la obtención de esta meta.

El sistema de derechos reservados de agua de los EE.UU. aparenta proveer a derechos legales substanciosos, pero está lleno de complicaciones. Es producto de políticas que no fueron la creación de los indígenas pero que en realidad fueron enemigas a la cultura indígena. Estos problemas desafían a los pueblos tribales y sus abogados. Sin embargo, el obtener justicia y equidad para los indígenas y el promover la integridad cultural depende primero en que se tenga un fundamento legal amplio para aseverar los derechos legales. La doctrina de los derechos reservados es un capital invaluable para los indígenas de los EE.UU. Provee un mecanismo dentro del sistema legal de la cultura dominante para el reclamo por parte de las tribus a grandes cantidades de agua. En contraste, los pueblos indígenas de muchos otros países carecen cualquier reconocimiento legal efectivo para sus derechos de agua.

Referencias

Ak-Chin Indian Water Rights Claims, Public Law No. 95-328, 42 Stat. 409 (1978); Public Law No. 98-530, 98 Stat. 2698 (1984); Public Law No. 102-497, 106 Stat. 3528 (1992).

Arizona v. California, 373 U.S. 546 (1963).

Arizona v. California, 439 U.S. 419 (1979).

Arizona v. California, 460 U.S. 605 (1983).

Lloyd Burton. *American Indian Water Rights and the Law* (1991).

Collins, Richard B. "The Future Discourse of the *Winters* Doctrine," *University Colorado Law Review* 56(1985): 481.

Colorado River Water Conservation District v. United States, 424 U.S. 800 (1976).

Getches, David H., Charles F. Wilkinson, and Robert A. Williams, Jr. *Cases and Materials on Federal Indian Law*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1998.

Holly v. Confederated Tribes & Bands of the Yakima Nation, 655 F. Supp. 557 (E.D. Wash. 1985), affirmed, *Holly v. Totus*, 812 F.2d 714 (9th Cir. 1987), certiorari denied, 484 U.S. 823 (1987).

In re General Adjudication of All Rights to Use Water in the Big Horn River System, 835 P.2d 273 (Wyo. 1992).

In re Snake River Basin Water System, 764 P.2d 78 (Idaho 1988).

Johnson v. McIntosh, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

McCarran Amendment of 1952, 43 U.S.C.A. sec. 666.

Daniel McCool. *Command of the Waters: Iron Triangles, Federal Water Development, and Indian Water* (1987).

Montana v. United States, 450 U.S. 544 (1981).

National Water Commission, *Water Policies for the Future—Final Report to the President and to the Congress of the United States* (1973).

Nevada v. United States, 463 U.S. 110 (1983).

New Mexico v. Mescalero Apache Tribe, 462 U.S. 324 (1983).

Non-Intercourse Act, 25 U.S.C.A. sec. 177 (2001).

Pyramid Lake Paiute Tribe of Indians v. Morton, 354 F. Supp. 252 (D.D.C. 1972), supplemented by 360 F. Supp. 669 (D.D.C. 1973), reversed, 499 F.2d 1095 (D.C.Cir. 1974), certiorari denied, 420 U.S. 962 (1975).

San Carlos Apache Tribe v. County of Maricopa, 972 P.2d 179 (Ariz. 1999).

John Shurts, *Indian Reserved Water Rights: The Winters Doctrine in its Social and Legal Context, 1880s-1930s*. Norman: University of Oklahoma Press. 2000.

San Carlos Apache Tribe v. County of Maricopa, 972 P.2d 179 (Ariz. 1999).

Skeem v. United States, 273 F. 93 (9th Cir. 1921).

United States v. Adair, 753 F.2d 1394 (9th Cir. 1983), certiorari denied, *Oregon v. United States*, 467 U.S. 1252 (1984).

United States v. Anderson, 736 F.2d 1358 (9th Cir. 1984).

United States v. Kagama, 118 U.S. 375 (1886).

United States v. Winters, 207 U.S. 564 (1908).

Walker, Jana L. and Susan M. Williams. "Indian Reserved Water Rights," *Natural Resource and the Environment*. 5 (Spring 1991): 6.