Toledo, Victor 1997.– «Todas las aguas. El subsuelo, las riberas, las tierras. Notas acerca de la (des) protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales y contribución a una política pública de defensa».- En: *Liwen* Nº 4, Junio 1997.- Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, pp. 36-79.

TODAS LAS AGUAS
El Subsuelo, las Riberas, las Tierras

Notas acerca de la (des) protección de los derechos indígenas sobre sus Recursos Naturales y contribución a una política pública de defensa.

Victor Toledo Llancaqueo

PRESENTACION

La propiedad de la «tierra» no otorga derechos sobre el subsuelo del predio, ni sobre las aguas, ni las riberas, ni las especies que en ella existen. Esta verdad conocida y obvia en el sistema jurídico chileno, resulta siempre una sorpresa triste para los campesinos mapuche cuando se enteran que se han constituído pertenencias mineras o se han inscrito las aguas a nombre de otros en «su tierra». Las consecuencias de esta situación de desprotección de derechos son graves en términos ambientales, culturales, económicos; lo que englobamos como territorialidad.

La territorialidad, clave de la política indígena, no es un derecho a realizar en el vacío, ni se limita a aspectos puramente intangibles, simbólicos. Hoy, ante el avance de las inscripciones de derechos de agua a manos de no indígenas, de expansión de plantaciones forestales, de constitución de concesiones mineras en tierras indígenas, de patentamiento de germoplasma, de rediseño regional, con grandes obras viales, industriales, energéticas, y acuerdos comerciales que moldean nuevos espacios, se reduce, anula, el control efectivo que las comunidades indígenas puedan tener sobre sus territorios.

No basta sólo la denuncia. Falta una posición más global e insistente en relación a la protección de derechos indígenas sobre los recursos naturales, que informe al mismo tiempo la intervención en el actual debate del Código de Aguas, posibilite una lectura crítica

de los acuerdos internacionales, siga paso a paso los movimientos de inversión minera, oriente una postura frente a la Ley General de Patentes, guíe una revisión de las estrategias de desarrollo regional.

En los nuevos tiempos reaparece tercamente la cuestión indígena, como un asunto insuficientemente tratado en la agenda nacional, y resurge a partir de los conflictos ambientales y territoriales, interpelando al proyecto de país. Quedan en evidencia las insuficiencias del marco legal indigenista –una política social– para promover el desarrollo de los pueblos, proteger las tierras y territorios indígenas y sus recursos naturales. A estas alturas, la ausencia de una expresa y sistemática Política de Estado que de cuenta de esos objetivos, en tiempos de modernizaciones y globalización, resulta sospechosa de etnocidio solapado.

Hoy adquieren más vigencia que nunca los planteamientos de resguardo legal del subsuelo, aguas y riberas en zonas indígenas, que formaron parte de las tantas indicaciones postergadas (y olvidadas) del proyecto de Ley Indígena que emanó del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas de 1991. Posturas que implican otro proyecto de inicios de la década, la reforma constitucional en favor de los pueblos indígenas, como base de esa Política de Estado hoy ausente.

A la vez, sin descuidar la estrategias jurídicas mayores, tarea titánica pero insoslayable, en lo inmediato es posible usar el actual ordenamiento legal para proteger parte de las aguas indígenas, y proteger parte de la propiedad del subsuelo. De no mediar una política diligente en estas materias, a la hora de los derechos reconocidos, si alguna vez llegara, pocos recursos habrá efectivamente bajo control indígena.

Estas notas no son un catastro de recursos naturales, ni una guía legal, temas que hemos trabajado en otros documentos. La presente comunicación son notas de contingencia, un ensayo, en que presentamos algunas reflexiones y datos que contribuyan a reposicionar la defensa de recursos naturales y territorios indígenas, como parte vital de las estrategias indígenas.

En la primera parte se resumen aspectos legales, ilustrando la desprotección. En la segunda parte se muestran las tendencias de creciente presión por los recursos y territorios en la región mapuche. En la tercera sección se revisa la trayectoria de la demanda por proteger los recursos indígenas, identificando el momento en que esas propuestas fueron canceladas, olvidadas y recientemente retomadas. Finalmente se proponen algunas líneas de acción para avanzar hacia

una política pública de resguardo de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales.

Nos ocupa el tema de la territorialidad indígena en contextos de modernización y globalizaciones, esta vez desde la propiedad, control y manejo de los recursos naturales; una entrada complementaria a la expuesta en trabajos anteriores, en que hemos comentado aspectos político administrativos, socio–culturales y de gestión del desarrollo. Se trata de conceptualizar la defensa, ampliación y desarrollo de los territorios indígenas en tanto asentamientos humanos en ámbitos naturales hechos cultura, con sus aguas, suelos y subsuelo, bosques y especies, los mismos que han sido nombrados en lengua de la tierra desde tiempo inmemorial.

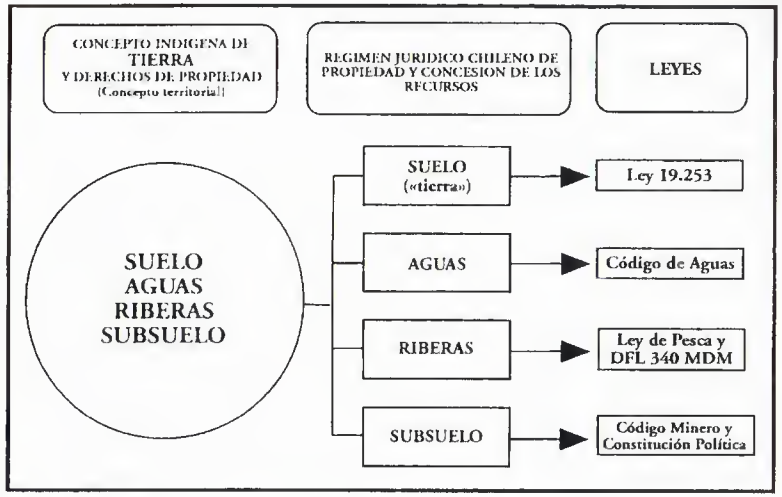
I. ANTECEDENTES SOBRE PROPIEDAD DE LA TIERRA Y (DES) PROTECCION DE DERECHOS INDIGENAS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES.

1.1. La fragmentación legal de los componentes de la Tierra.

La defensa de los derechos sobre la Tierra y sus recursos forma parte de las exigencias básicas del movimiento indígena. Sin embargo, las demandas indígenas por un estatus de propiedad específico para sus Tierras (con mayúscula) que las resguarde de acciones de despojo, han sido traducidas legalmente en una normativa sobre propiedad del suelo indígena («tierra» con minúscula)

Existe una contraposición entre el concepto indígena de Tierra que engloba todos los recursos –suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques– y el concepto jurídico chileno que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares.

Representamos esquemáticamente esta diferencia de conceptos en la figura de la página siguiente:



En efecto, al revisar la legislación emergen tres cuestiones claves:

1º Sólo la propiedad del suelo indígena está protegida expresamente, por la Ley 19.253.

2º El subsuelo, las aguas, las riberas, son definidos legalmente como de dominio estatal o bienes de uso público, respectivamente.

3º Existen regímenes legales específicos de concesión para el aprovechamiento privado de estos recursos: concesiones mineras, de aguas y de acuicultura, cada uno regulado por un respectivo aparato jurídico[1].

1.3. Derechos indígenas sobre los recursos naturales. Posiciones.

Cuando hablamos de defensa de los derechos indígenas sobre estos recursos, es necesario distinguir entre el reclamo de dominio, y la exigencia de cláusulas legales especiales que regulen las concesiones en ámbitos indígenas. Al respecto, en el movimiento indígena se han planteado ambas posiciones.

La primera posición reclama el dominio indígena sobre todos los recursos de los territorios indígenas: suelo, subsuelo, riberas, aguas,

[1] Para no distraer el hilo de estas notas con normas jurídicas, se entrega como Anexo de este artículo un resumen y comentario de los regímenes de propiedad y concesión que rigen sobre los distintos recursos. Remitimos al Anexo la definición de diversos conceptos legales que se usan en el artículo.

bosques, sean éstos de dominio estatal, público o privado no indígena. El fundamento de esta postura es que los pueblos indígenas y sus derechos territoriales son anteriores a la formación de los estados–naciones, por tanto las propuestas jurídicas pasan por una nueva constitución estatal plurinacional que reconozca esos derechos originarios.

La otra postura, puede aceptar o no el dominio estatal o la condición de bien público de algunos recursos, pero asumiendo que es improbable cambiar ese estatus en el corto plazo, se dirige a proteger los recursos de los territorios indígenas respecto a su otorgamiento en concesión a terceros no indígenas. Se comparte el fundamento de la postura anterior, pero se agregan razones de realismo político. Las propuestas se fundamentan como medidas de protección de grupos y zonas vulnerables, discriminación positiva, resguardo de equilibrio ecológico. A su vez las estrategias jurídicas concretas pueden ser fuertes o débiles, desde la exclusividad de concesión hasta el derecho preferente, pasando por prohibiciones de concesión en determinadas zonas y recursos.

En Chile el movimiento indígena ha sostenido estas dos posturas en distintos momentos. En el período de transición 1987–1991 se desplazó de la primera a la segunda alternativa, en la variante de exigir exclusividad de concesión, tal como se lee en la propuesta de ley emanada del Congreso de Pueblos Indígenas de 1991.

1.4. La Ley 19.253 y la (des)protección de recursos naturales indígenas.

En rigor, el suelo es el único recurso natural indígena expresamente protegido por la Ley 19.253.

Este cuerpo legal, luego de individualizar en su Artículo 12 las Tierras Indígenas, señala expresamente:

> «Art. 13.– Las Tierras a que se refiere el artículo precedente, por ***exigirlo el interés nacional***, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.
> No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporacion. Este gravamen no podrá comprender la casa–habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia»

Encuadrada, como es obligatorio para toda ley, en los marcos de la Constitución de 1980, que reforzó el enfoque neoliberal del

derecho de propiedad, la Ley 19.253 tiene un solo argumento constitucional para fundamentar la protección de las tierras, el *interés nacional*, en base al cual se limita el dominio del propietario sobre el predio por cumplir las tierras indígenas una función social[2].

En nombre del interés general de la Nación, las tierras indígenas no pueden ser embargadas, enajenadas, gravadas ni adquiridas por prescripción. Esta protección restringe el mercado de tierras indígenas, limitando la participación sólo a indígenas de la misma etnia.

Asi, vemos como aquella simple frase que parece un giro retórico, *«por exigirlo el interés nacional»*, en rigor constituye la base de constitucionalidad de la Ley que protege a las tierras, por ser las «etnias indígenas... parte esencial de las raíces de la Nación chilena» (sic) (Art. 1º ley 19.253).

En relación a las aguas y riberas de territorios indígenas, la Ley 19.253 tácitamente asume que los derechos sobre las mismas deben regirse por las legislaciones respectivas vigentes (Código de Aguas y Ley de Pesca), sin establecer un tratamiento especial. La Ley posibilita destinar recursos de los Fondos de Desarrollo para constituir y adquirir derechos de agua (Art.20.a), y financiar la obtención de concesiones de acuicultura (Art.23c.)

Respecto al subsuelo y concesiones mineras, simplemente no se mencionan. Sin embargo, puede interpretarse que, al establecer la ley 19.253 una cláusula que impide gravar el suelo indígena, y ser las servidumbres mineras un modo específico de gravar el predio, indirecta e implícitamente la ley limitaría la constitución de concesiones mineras por terceros no indígenas. Esta es una interpretación de la ley aun no sancionada por tribunal alguno. Peor aun, tal como veremos más adelante, la propiedad minera se ha constituído y sigue constituyendose en terrenos indígenas.

Hasta ahora el subsuelo, aguas y riberas de los territorios indígenas, siguen regulados por las mismas normas que rigen en el resto del territorio chileno. Los derechos indígenas sobre esos recursos no están expresamente protegidos.

---

[2] La Constitución asegura a todas las personas: *«El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los interes generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.»* (Art. 19 Nº24)

2. SITUACION DE CONCESIONES DE APROVECHAMIENTO Y CONTROL DE RECURSOS EN LA REGION MAPUCHE.

¿Existen concesiones mineras en tierras mapuches? Sí. A comienzos de 1996 existían, entre Arauco y Chiloé, 1.357 concesiones mineras constituídas y en trámite, de éstas, un número de 144 concesiones se encuentran en los predios de 104 comunidades mapuche y huilliches. ¿Cuántas de ellas están en manos indígenas? Ninguna. Sus propietarios son empresas mineras chilenas y transnacionales[3].

¿Existen concesiones de acuicultura en lagos y costas de comunidades mapuches ? Sí, en los lagos Calafquén, Pellaifa, costas de Carahue, Toltén, Valdivia, Chiloé ¿Cuántas estaban a nombre de las comunidades mapuches respectivas a 1995? Ninguna[4].

¿Existen derechos de agua constituídos en áreas mapuches? Si. Han sido otorgados los derechos de aprovechamiento de aproximadamente el 75% de las aguas superficiales disponibles de la VIII, IX y X región. ¿Cuántos de esos derechos de agua están en manos mapuches? El 2 %, aproximadamente[5].

Tales son los trazos gruesos de la situación actual de concesiones mineras, de acuicultura y derechos de agua en territorio mapuche que va desde la VIII a la X región de Chile. ¿Cuáles son las tendencias futuras? Una mirada sectorial arroja un panorama preocupante.

2.1. Tendencias sectoriales de presión sobre recursos mapuches.

a) Acuicultura.

Hay que destacar el aumento de la presión de las empresas de salmonicultura por las aguas lacustres, las que son escasas e imprescindibles para iniciar la etapa de crecimiento de las especies, las que son trasladadas después a aguas saladas. Esa cadena dulce–salado, es lo que explica la presión empresarial sobre lagos y lagunas de Chiloé al punto de saturarlos, y que ahora presiona por las aguas del Lleu Lleu, en Arauco, Panguipulli, Neltume, Pullinque, Calafquén, y

[3] Geoexploraciones S.A.– *Informes de Catastro de Propiedad Minera, en la VIII, IX y X regiones.* Estudio encargado por el Dpto. de Tierras de CONADI, 1995.
[4] Cuenca Profesionales.– *Programa catastro y saneamiento de Tierras de Playas.* Encargado por CONADI, 1995.
[5] Victor Toledo.– *Catastro de Derechos de Agua en cuencas seleccionadas de la VIII y IX Región.* Investigación personal en curso, 1996–97.

Maihue en la X región, lagos en cuyas riberas se asientan comunidades mapuche.

b) Minería.

Es previsible un incremento de la actividad de exploración minera por parte de grandes compañías, como parte de un proceso mayor de nuevo ciclo minero mundial iniciado a fines de los años ochenta. Tras el paulatino agotamiento de yacimientos de fácil identificación y aprovechamiento a nivel mundial, y con la incorporación de nuevas tecnologías de prospección, las transnacionales mineras vienen realizando un barrido de áreas antes no exploradas o postergadas, ahora aprovechables por la gran empresa. Es el caso de las regiones del cono sur de América, situadas al sur del paralelo 38, aproximadamente (a la altura de Nahuelbuta–Sta Bárbara). Las mismas compañías que exploran en Santa Bárbara y Lonquimay[6], lo hacen también en el lado argentino, en tierras mapuches a uno y otro costado de la cordillera de los Andes. Ese nuevo barrido explica la sociedad entre CODELCO y la transnacional canadiense Placer Development para explorar entre Los Sauces, Purén, Lumaco y Traiguén en busca del «yacimiento madre» de los placeres auríferos del sector, lo que ya había comenzado PEGASUS y dejó suspendidas para antender problemas de sus inversiones en la cuarta región[7].

Se suma a la tendencia anterior, la política del gobierno de la IX Región de promoción de actividad minera, particularmente de placeres, sin importar el conflicto de intereses con la actividad campesina (más bien buscando reemplazarla), y los efectos colaterales de las explotaciones sobre las aguas de esteros mapuche, ni los destrozos en las faenas de exploración. Tal es el caso del principal placer aurífero de Chile (Santa Celia, Carahue), y aquellos ubicados en Repocura y Guamaqui, en esteros mapuche.

Lo señalado llevará a un incremento de las incripciones de pedimentos y manifestaciones, asi como de actividad de catar mine-

[6] Las tierras reclamadas por años por la comunidad de Trapa Trapa, asi como los lotes A y B del fundo Quinquén adquiridos por el fisco tiene pertenencias constituídas por empresas mineras.
[7] El oro se encuentra extensamente diseminado en los cauces del sector y está genéticamente relacionado con la meteorización del granito paleozoico. (Instituto de Geología Económica Universidad de Concepción, 1996). PEGASUS, a comienzos de los noventa, tenía inscritos pedimentos que cubrian una vasta extensión entre Los Sauces, Lumaco y Traiguén, incluyendo casi la totalidad de las tierras mapuches de la zona.

rales, en una zona de crecientes inversiones de empresas forestales en propiedad del suelo y plantaciones, lo que ha llevado a estas empresas a preocuparse por inscribir pedimentos con la finalidad de proteger sus predios de las incursiones mineras. De este modo se genera un efecto de doble asedio sobre las comunidades mapuche de la cuenca del Purén–Lumaco–Chol–Chol: presión por sus suelos y subsuelos a manos de forestales y mineros. Una situación asemejable se vive en la zona huilliche de San Juan y Río Negro, invirtiendo los papeles, allí las empresas forestales han comenzado a utilizar las servidumbres legales de la concesión minera como subterfugio para explotar el bosque nativo protegido[8].

A lo anterior hay que sumar la inscripción de pertenencias mineras en las cercanías de Temuco para amparar la explotación de sedimentos fluviales y canteras, situadas en zonas mapuche, para suministrar arena y petreos para la creciente demanda de la ciudad de Temuco.

c) Aguas.

Desde 1981, la pérdida de derechos indígenas sobre las aguas a manos de terceros, ha seguido un avance sostenido en una cronología de «conflictos hídricos» que recorre el país de norte a sur, en directa relación al grado de escasez de las aguas en cada región.

Los primeros afectados fueron las comunidades aymaras y atacameñas de la I y II regiones, cuyas aguas de vertientes y bofedales fueron inscritas por empresas mineras y de agua potable urbana. Asi fue estudiado y denunciado a mediados de los años ochenta[9].

Mencionamos el caso aymara por sus implicancias de equívocos en la política indígenista chilena. A partir de esos primeros conflictos de aguas indígenas, que emergieron en el altiplano, llegó a asentarse una noción confusa entre los indigenistas que sostiene hasta el día de hoy, que «los problemas de tierras son para los mapuches como los de agua para los aymaras». Un error conceptual que reproduce la desvinculación entre uno y otro recurso. Tal confusión se proyectó en la posterior negociación de la ley indígena, olvidando que tanto aymaras como mapuches tienen por igual problemas de aguas, tierras, y minas; asuntos territoriales a fin de cuentas.

[8] El uso especulativo de los pedimentos mineros es una práctica habitual en esa zona, al que están expuestas las tierras reclamadas. Es ejemplar el caso del fundo Maicolpue, reclamado por una comunidad huilliche. Su propietario legal ofreció el *predio* en venta a la CONADI; por cierto, dos meses antes habia inscrito pedimentos a nombre de sus hijos amparando todo el *subsuelo* del fundo, tal como reveló el catastro minero del sector.

[9] Ver Aldunate (1985); Cavieres (1985); Lemereis (1987). En los años ochenta se llevó adelante una campaña nacional por salvar al Lago Chungará que constituyó un emblema de las luchas aymaras por sus recursos.

La gravedad del despojo y sus impactos sobre las comunidades altiplánicas, las acciones de reclamo, y aquel error de concepto, instalaron la idea de que el Código de Aguas era lesivo particularmente para las comunidades andinas[10], y que era necesario introducir rectificaciones al mismo. Sin desconocer el mérito de la reclamación aymara y atacameña, y que se dictaron medidas de protección (parcial) de los bofedales[11], quedó sin tratamiento el problema de fondo: los derechos de las comunidades indígenas (todas) sobre sus aguas, y demás recursos, y la necesidad de una política pública dirigida a su protección.

En general, los problemas de agua mapuche no tuvieron visibilidad en los años de construcción de la demanda legal, en 1987–1991. Eran las mujeres y niños indígenas quienes resentían los efectos de la escasez estival de aguas en esteros y pozos[12], pero no resultaba evidente la relación con derechos desprotegidos[13].

En los años noventa con ocasión del impulso a programas de riego campesino de FOSIS e INDAP quedó en evidencia que los campesinos mapuches carecían de derechos de agua, salvo contadas excepciones, lo que ha limitado la implementación de esos programas a aquellas microregiones en donde hay disponibilidades del recurso para solicitar derechos[14].

[10] Ver Aylwin y Castillo (1990)

[11] En 1992, se introdujeron modificaciones al Código de Aguas para proteger en alguna medida los bofedales y vegas del altiplano: *«Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, asi como como para nuevas explotaciones»* (Art. 63, inciso segundo, agregado por Ley 19.145, del 25 junio de 1992). Sin embargo, el Art. 64. contiene un resquicio para levantar esa prohibición.

[12] Ver: «Demandas de la Mujeres Mapuches».- en: *Rulpa Dungun* Nº 8, 1990.

[13] Tampoco los problemas de escasez han sido abordados en su dimensión específica de manejo de recursos hídricos. Tanto la CEPI, la CONADI, ONGs y Municipios han insistido en presionar irresponsablemente sobre las napas subterráneas en masivos proyectos de «bombas de agua». La aplaudida adquisición hecha en 1996 por el Municipio de Temuco, de una poderosa máquina industrial perforadora de napas, para abrir pozos profundos en predios campesinos, es a la vez el testimonio de la gravedad del problema hídrico y la coronación de la irresponsabilidad y falta de una política de aguas en la región mapuche.

[14] E. Maffei.– *Evaluación del Programa de Riego Campesino* (Convenio FOSIS/INDAP).- Santiago: 1992.

En investigaciones recientes se ha constatado la inexistencia de aguas diponibles en los principales cursos de aguas en las subcuencas del Quillem, Cautin, Traiguén, Allipén, Toltén; los derechos de aguas estaban ya constituídos en los años ochenta a nombre de latifundistas, agroindustriales, mineros, empresas forestales, comprometiendo caudales completos.

Sin embargo, para el 60% de las tierras mapuches, los cursos de agua relevantes son los esteros, donde es aun posible solicitar derechos de agua. Pero esta posibilidad disminuye mes a mes, en la medida que la sequía de los años 95–96, que se proyecta de larga duración, ha activado la demanda por derechos de agua[15], tanto de parte de pequeños y grandes propietarios chilenos, como de especuladores y empresas forestales.

2.2. Efectos para programas de desarrollo.

La situación de desprotección de derechos indígenas sobre sus recursos es grave, analizada desde una perspectiva de principios indígenas de territorialidad. Pero también lo es si se miran sus repercusiones en un enfoque pragmático de viabilidad y sostenibilidad de programas de desarrollo en áreas mapuche.

En el caso de la acuicultura, resultan obvias las consecuencias de limitación de posibilidades para proyectos de desarrollo si los derechos de las comunidades costeras, situadas en Areas con aptitud para acuicultura, no son protegidos de modo especial. También son evidentes los efectos para las comunidades ribereñas de lagos de autorizarse concesiones para salmonicultura empresarial, en términos de contaminación de las aguas y limitación de atractivos turísticos, opción más rentable socialmente[16].

La situación de desprotección de las aguas es la que presenta las mayores consecuencias negativas para el desarrollo mapuche, baste mencionar la recuperación de suelos y el riego.

El Convenio de Programación para la Recuperación de Suelos, que prepara la Intendencia de la IX región junto a CONADI, está expuesto a ser evaluado mañana como un portentoso despilfarro de recursos, porque no se protegieron oportunamente los derechos de aguas de los campesinos mapuche, cuyos suelos tanto preocupan hoy.

[15] De 1994 a 1996 se triplicó el número de solicitudes de derechos de agua publicadas en el Diario Austral de Temuco.

[16] Cabe también considerar los riesgos para la opción de salmonicultura de pequeña escala en manos mapuche, alli donde esa modalidad no sea dañina.

El riego, aquella clave de la modernización del campo mapuche identificada por los indigenistas en los noventa, resulta una fantasía si persiste el actual estado de desprotección de los derechos de aprovechamiento y el mal manejo de las aguas superficiales y subrerráneas en las microcuencas de interés mapuche.

Esto nos lleva a otro aspecto de la propiedad de recursos, la unidad natural de los recursos y la desvinculación legal de los derechos. Esta situación atenta contra el propio mandato de una ley centrada en la recuperación, ampliación de los suelos indígenas, diversificación productiva y equilibrio ecológico.

Si bien las tierras están protegidas por ley, esos predios sin derechos de agua poco valor de uso poseen, y menos si tienen concesiones mineras constituídas. A la vez, poco valen los derechos de agua mapuches en esteros cuyas cabeceras y tramos intermedios pasan por propiedades no indígenas, puesto que no hay posibilidad de control y manejo de la microcuenca y su regimen hídrico, resultado sistémico de suelos, árboles, napas, cursos de agua y acción humana.

En definitiva, falta una política de Estado consecuente en la protección de las tierras indígenas en un concepto más integral de propiedad y desarrollo.

2.3. El interés general de la Nación y las tierras indígenas.

Un último aspecto a analizar en relación a la situación de control de recursos en la región mapuche se refiere a la dimensión territorial asociada a la propiedad del suelo y recursos. Debemos anotar junto a las fuerzas privadas que presionan sobre los recursos indígenas, a las instituciones públicas que tienen a su cargo el diseño de las obras de infraestructura vial de la región, la regulación del crecimiento urbano, y localización industrial. Todas funciones de ordenamiento territorial cuya orientación actual plantea un problema de fondo: la territorialidad indígena y la reestructuración del espacio en la macroregión sur de Chile.

En 1991 nos preguntábamos ¿cuánto indigenismo resiste el actual modelo de desarrollo primario exportador, que incluye entre sus asientos geográficos a los territorios indígena? En 1997 podremos evaluar esa capacidad y también el significado del fundamento constitucional, –*«el interés nacional»*– para la protección de las tierras indígenas. Es previsible la interposición de recursos de protección por los afectados por obras públicas y privadas que *gravan* y

enajenan tierras indígenas, rompen sus equilibrios y llevan intranquilidad a la comunidades indígenas, en abierta contravención a los principios y normas que el propio Estado estableció en la Ley 19.253. Lo paradojal es que el argumento estatal para la expropiación y enajenación de tierras mapuches para construir esas obras ha sido «el interés nacional», base de la Ley de Expropiaciones.

A la vez, las carreteras por sobre Truf Truf, y la costa, o la represa Ralco, con la diversidad de intereses y actores en juego, constituyen capítulos emblemáticos de la complejidad de hacer política indígena en la modernización, marcan los límites de la voluntad hacia los pueblos indígenas en el Estado y su modo de pensar la diversidad del país; señalando también el grado de desperfilamiento del indigenismo criollo. [17]

Siempre es un misterio el alma del tigre latinoamericano y es ignoto saber cuál será el «interés superior de la nación» que prevalezca. Lo que sí resulta claro es que en la segunda mitad de los años noventa la Ley Indígena está puesta a prueba justamente en cuestiones de propiedad de Tierras Indígenas. Las raíces pueden resultarles molestas a la ramas más modernas injertadas en el frondoso árbol de la Nación[18].

[17] El Gobierno también puede lograr la permura de tierras, trasladando a las familias a otros lugares. Para este fin, en el caso del By Pass por Truf Truf, el MOP contrató la asesoría de un experto en temas de expropiaciones, conflictos ambientales y derecho indígena, ex–fiscal de CONADI. Para la asesoría antropológica contrató a conocidos antropólogos temuquenses y la Intendencia puso como negociador a un ex defensor de derechos humanos indígenas. No hubo ofertas serias que se hicieran cargo del problema de fondo: limitar la expansión urbana sobre tierras indígenas, cautelar la integridad de Truf Truf, un típico «espacio interior» como se escribía ayer (Besnier, 1992).

[18] En el caso de obras privadas como la Represa Ralco de ENDESA, la inundación constituye un «gravamen» que la CONADI (organismo estatal) puede autorizar si ENDESA logra el traslado de las familias pehuenches y sus casas del lugar a inundar. Durante 1996 ENDESA hizo ingentes esfuerzos por obtener el traslado de las familias pehuenches, contando con la asesoría de antropólogos, entre ellos el hijo del Ministro del Interior. Simultáneamente, ha expresado mensajes claros al Gobierno para que ordene a CONADI y CONAMA otorgar las autorizaciones respectivas, en caso contrario retirará sus inversiones del país.

3. PROTECCION DE LOS DERECHOS INDIGENAS SOBRE EL SUBSUELO, AGUAS Y RIBERAS. UNA POLITICA PENDIENTE. UNA PROPUESTA ESCAMOTEADA.

3.1. Políticas públicas y cuestión indígena.

La problemática de la (des)protección de los derechos indígenas sobre los recursos naturales y sus negativas consecuencias para su futuro, aun no se ha constituído plenamente como un asunto de política pública.

No basta con que exista objetivamente el problema. Para que un problema, entre los tantos que existen en una sociedad compleja, sea considerado objeto de una acción pública, primero tiene que ser «construído», debe transformarse en un problema político, es decir, ser la expresión de una demanda social traducida a los términos propios del juego político[19].

El ejemplo de las aguas aymaras antes recordado sirve para ilustrar el concepto de políticas públicas: el Estado toma posición (define programas, leyes, etc.) sólo cuando un asunto se ha convertido en «cuestión pública». Entre 1985 a 1991, a partir de una situación de conflicto –las aguas altiplánicas– se articulan diversos actores sociales y grupos de interés, hay posiciones y propuestas, lobbys, hay apelación a la opinión pública, el tema adquiere legitimidad y se instala en la política pública: «se va a hacer algo al respecto».

Las políticas públicas, entonces, engloban el conjunto de procesos mediante los cuales las demandas sociales se transforman en opciones políticas y en tema de decisión de las autoridades públicas.

La «cuestión indígena» se convirtió en asunto de política pública para la transición democrática chilena gracias a una diversidad de procesos y actores de los años ochenta. Parafraseando un título, fueron «las contiendas, las organizaciones y los líderes» indígenas y sus aliados dueños de la escritura, quienes fueron componiendo los contenidos, los énfasis, las demandas, la agenda de «la cuestión».

La «ley indígena», a su vez, es el resultado de una negociación social entre los indígenas, la sociedad chilena y el Estado. La ley es la respuesta pública a la «cuestión indígena» y a la vez el marco regulador de la misma, encuadrándola. Los marcos públicos se pueden

[19] Ver: Martín Smirh.– «Pluralismo, pluralismo reformado y neopluralismo. El papel de los grupos de presión en la elaboración de políticas».- en: *Zona Abierta*, 67/68, Madrid, 1994; y Pierre Muller.– *Les politiques publiques*.– Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

ampliar o cambiar dependiendo de la relevancia y fuerza de la cuestión.

Cuando afirmamos que los derechos indígenas sobre los recursos naturales no se han constituído en cuestión pública, no nos referimos al vacio legal existente, sino al vacio de demanda social. A mediados de los años noventa, no hay actor social indígena ni indigenista que la promueva, que persista e insista, haga alianza, denuncie, proponga.

¿No es parte de la «cuestión indígena»? ¿Nunca formó parte de la agenda del movimiento indígena? ¿Qué falta para reponerlo ?

3.2 La propuesta indígena de protección de sus recursos y el vacío legal actual.

En el caso de Chile no ha existido descuido de parte del movimiento indígena en los momentos claves de hacer oir su voz y entregar sus propuestas legales. Si hoy la ley indígena (19.253) no protege más que el suelo indígena eso no se explica sólo, ni tanto, por resistencias de los legisladores chilenos.

Del proceso de la transición quedan los diversos textos que jalonan el recorrido de la propuesta legal indigenista antes de convertirse en Ley, en ellos puede constatarse el progresivo debilitamiento de cláusulas dirigidas a proteger los derechos indígenas. Un debilitamiento operado ya antes de que el proyecto de Ley fuese presentado al Parlamento por parte del Ejecutivo.

Podemos tomar el Borrador de ley que emanó del Congreso de Pueblos Indígenas realizado en enero de 1991, como la línea de base de la propuesta indígena. Señalaba expresamente (Capítulo II. Nº 1. Protección de las Tierras Indígenas, letra i):

> «i) La presente ley establece la protección de los derechos indígenas y sus comunidades sobre los recursos existentes en las tierras indígenas:
> i.1.Deberán establecerse normas de excepción al Código de Aguas de modo que los derechos sobre éstas no sean separados del derecho sobre las tierras indígenas.
> i.2. Utilización y administración exclusiva de los recursos del suelo y el subsuelo.
> i.3. Derecho de concesión exclusivo para la exploración o explotación de los recursos del subsuelo.
> i.4. Derecho y deber a la conservación y protección de los recursos existentes.
> i.5. Derecho a la utilización y explotación exclusiva de los recursos lacustres, fluviales y marítimos colindantes con las tierras indígenas, hasta dos km. aguas adentro.»[20]

Parte de estas propuestas estaban contenidas ya en el primer texto elaborado por el Consejo de la CEPI[21] y fueron enriquecidas por el Congreso Indígena en 1991, que le dió la redacción que ahora citamos.

La estrategia legal indígena se dirigía a la exclusividad de las concesiones, lo que constituía un elaboración jurídica respecto a las propuestas que originalmente se plantearon (y plantean) en las reuniones indígenas, de exigir la propiedad y dominio de los recursos[22], lo que no sólo era complejo de lograr en un período de transición, sino francamente inviable en el marco del edificio jurídico chileno[23].

Cabe anotar que tales propuestas eran más avanzadas y apropiadas para Chile, que sus similares contenidas en el Convenio 169 de la OIT.

3.3. Un episodio lamentable. La Propuesta escamoteada.

De poco sirvió el refinamiento de la estrategia jurídica, pues la propuesta indígena jamás llegaron a conocerla los parlamentarios chilenos. Después de haber recibido del Congreso de Pueblos Indígenas el Borrador de Proyecto de Ley para que lo enviara al Parlamento, el poder Ejecutivo transformó las cláusulas, debilitándolas.

Lo que quedó en la versión de Proyecto de Ley que el Gobierno presentó al Parlamento, ocho meses más tarde, el 8 de Octubre de 1991 fue lo siguiente:

> «Art.18.– Los titulares de las tierras indígenas de que trata este párrafo, en igualdad de condiciones con otros interesa

[20] *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas de Chile, Temuco 1991.* Edición CEPI, Santiago, 1991, p.36–37.

[21] Ver: *Primer Borrador para la Discusión de la Ley Indígena.*– CEPI, Julio de 1990.

[22] La Comisión Técnica de Pueblos Indígenas, en enero de 1989 sostenía: *«debe reconocerse a los pueblos indígenas el derecho de propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran en los territorios indígenas y a beneficiarse de la explotación de éstos (mineras, aguas, bosques, marítimos)»* En: «Presentación a los Partidos Políticos», Santiago, 1989.

[23] Vease el Anexo de este artículo.

dos, tendrán ***derechos preferentes*** para la constitución de derechos de agua, mineros, de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, de utilización y uso de riberas y cualquier otra concesión que el Estado esté facultado para otorgar en conformidad a las leyes vigentes, en tierras y áreas de desarrollo indígena y riberas y aguas colindantes con ellas».[24]

Este cambio de redacción no es trivial. La exigencia de exclusividad para las concesiones, fue transformada por *preferencialidad*[25].

De este modo no hubo debate que permitiera conocer las posiciones de los parlamentarios, tanto oficialistas como de oposición, ante la propuesta original de los pueblos indígenas, discutir la misma y darle continuidad al proceso de construcción social como cuestión pública.

Fue relativamente simple para los legisladores eliminar aquel artículo, reemplazándolo por indicaciones inocuas referidas a destinar recursos de los Fondos de Tierra y Desarrollo para tramitación de derechos de agua y concesiones de acuicultura. No se fue al fondo del asunto de *proteger* los recursos y los derechos de los indígenas, pues la propuesta recibida no lo planteaba[26].

La modificación señalada no fue la única.[27] ¿Quiénes cambiaron la propuesta de ley indígena? Desconocemos el detalle del proceso de negociaciones y conflictos intra–gobierno en relación a los pueblos indígenas vividos durante la Administración de Patricio Aylwin, que expliquen el hecho de que el Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo, en nombre de los indígenas, fuera sustantivamente distinto a la propuesta que le entregara el Congreso de Pueblos Indígenas.

[24] «Proyecto de Ley Relativo a la protección, fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas».- en: *Pueblo, tierras, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva Ley Indígena.* C.CH.DD.HH., Santiago, 1992. (El subrayado es nuestro, V.T.)

[25] La debilidad de la *preferencialidad* como resguardo de derechos puede verse en el caso mapuche de Argentina, en donde existe esa clausula en la legislación minera, a favor del propietario del predio tratándose de minerales de segunda categoría. Cf. Código de Minería de la República de Argentina, y Carlos Falachi et al (1995).

[26] Recordemos que en 1992 se estaba ttamitando la Ley Nº 19.145 que agregó clausulas para proteger los bofedales del altiplano. Con ello se daba por resuelto el asunto de las aguas tal como era planteado en ese entonces. Ver nota 11. Ver también *Mensaje del Presidente de la República P. Aylwin a la Cámara de Diputados.* 8 Oct. 1991.

[27] Esta modificación específica aparece dos meses después del Congreso Indígena, en el documento de la CEPI: «Proyecto de Ley Indígena. 5a a 6a Versión. Marzo de 1991» (mimeo).

La política indigenista y sus contradicciones en la transición es un tema apasionante y clave para entender el opaco panorama actual, pero escapa a los límites de este artículo. Sólo queremos llamar la atención sobre el hecho de que, al parecer, no existe claridad de ese escamoteo de las propuestas indígenas operado en 1991. El clásico relato repite siempre: «el proyecto de ley elaborado por el Consejo de la CEPI fue debatido en más de dos mil reuniones a lo largo del país, y luego fue enriquecido en un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas desarrollado en la ciudad de Temuco en enero de 1991, y presentado al Congreso Nacional». Eso no es totalmente verídico.[28]

Efectivamente el primer borrador fue enriquecido y legitimado por cientos de reuniones y por el Congreso de Temuco, lo que constituye un hito, pero lo que el Gobierno de Aylwin presentó al trámite parlamentario a fines de 1991 fue otro documento, debidamente recortado, obra de funcionarios oficiosos. Desde 1992 vendría el disciplinamiento del movimiento indígena. Nunca más se volvió a convocar en congreso a los indígenas. A fines de 1993 se aprueba un ley de limitada eficacia como marco de derechos étnicos, sin recursos ni instrumentos, tal como vienen a concluir diversos personeros y dirigentes en 1996[29].

Habitualmente se endosa a la derecha parlamentaria y a todo el Congreso la responsabilidad de haber reducido los alcances de la propuesta legal, y haber generado frustración en los indígenas por una ley que no recogió sus aspiraciones expresadas en asambleas y en el congreso nacional indígena [30]. Pero también existen posiciones más meditadas.

José Bengoa, al analizar retrospectivamente el proceso de tramitación de la ley, para sacar lecciones útiles para la actual negociación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas en la ONU, hace una breve pero reveladora mención. Dice Bengoa: *«El*

[28] El relato feliz e incompleto del proceso de la ley indígena, matices más o menos, lo han escrito indigenistas en diversos lugares y es repetido irreflexivamente al modo de un mito, lo que mantiene los velos sobre la política de la transición. (Un buen ejemplo en J. Aylwin 1994a; 1994b; Aravena y Zúñiga 1993; también el editorial de Pueblos Indígenas II Nº 5, 1996; CONADI 1994, 1995, etc. etc.).

[29] Ver artículos y opiniones de A. Lazo, F. Huenchumilla, J. Aylwin, E. Tuma, Jose Santos Millao, publicadas en la revista *Pueblos Indígenas. Nueva Epoca.* II Nº 5, 1996.

[30] *«Como sabemos, no todas las aspiraciones fueron recogidas en el texto (de la ley) aprobado por el Congreso, generando frustración en muchas personas que cifraron en ella grandes expectativas»* (J. Aylwin, 1996)

proyecto de ley elaborado colectivamente por las organizaciones indígenas, en 1990, aprobado en el Congreso Indígena de Temuco y entregado al Presidente Patricio Aylwin, en 1991, pasó a manos de los técnicos de los diversos Ministerios. En esa etapa el texto sufrió numerosos cambios, demoras innecesarias, todas ellas pensando que el Parlamento no aceptaría determinados aspectos de la propuesta indígena trabajada por la CEPI. Junto con demorarse más de la cuenta se vio posteriormente que el Parlamento estaba dispuesto a aprobar numerosos temas. Si hubiese ido directamente la versión del Congreso Indígena de Temuco, a Valparaíso, seguramente se habrían logrado aprobar otros aspectos que ni siquiera llegaron al parlamento»[31]

Más allá de la gravedad del hecho mismo, la lección que puede extraerse del proceso chileno es simple: es mejor que las propuestas de los pueblos indígenas, sean cortas o largas, lleguen íntegras a los centros de decisión, sin intermediarios oficiosos, al menos así tendrán las oportunidad de ser debatidas ampliamente.

¿Qué suerte habrían corrido en el Parlamento las propuestas indígenas dirigidas a resguardar sus derechos sobre los recursos naturales vinculados a sus tierras y territorios? No lo podemos saber. Esa fue una contienda que jamás ocurrió.

3.4. La reposición de una demanda estratégica.

Pero no todo es responsabilidad de burócratas anónimos. Después de marzo de 1991 el movimiento indígena ha tardado en replantear con fuerza la exigencia de resguardo de sus derechos de agua, protección del subsuelo, bosques y riberas.

Creemos que esto se explica, en parte, por el uso equívoco del concepto de protección de la tierra en la ley 19.253.. También es relevante el peso de la corriente campesinista, con sus énfasis prediales y de manejo de suelos, tanto en la dirigencia como en los asesores indigenistas. Un tercer factor del retraso del movimiento indígena en reponer sus demandas es de mayor alcance: el cambio general del campo o arena de la política indígena después de 1993, con dispersión y debilitamiento del actor indígena, y una CONADI reducida a políticas sociales.

Recién, después de un par de años de vigencia de la Ley 19.253, de cara a los problemas de aguas, bosques, presencia de compañias

[31] José Bengoa «Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas». Documento Nº 2 Instituto de Estudios Indígenas UFRO, Nov. 1994, Temuco. (el subrayado es nuestro. V.T.)

mineras y presión de salmoneras, comienza a hacerse evidente el desamparo, se releen los textos legales, y comienza a rearticularse la demanda social en dirección a constituir un nuevo planteamiento de la cuestión indígena, ahora en el contexto de la modernización.

Fueron las mujeres indígenas, en su Encuentro Nacional de Temuco, enero de 1995, las primeras en poner nuevamente en circulación el tema de la propiedad de los recursos naturales indígenas del suelo y subsuelo, como parte de la plataforma política indígena. En su resolución Nº1 dicen:

> «Las mujeres pertenecientes a los diferentes pueblos originarios exigimos que se nos reconozca constitucionalmente como pueblos y se nos otorgue el derecho a la tierra y territorio, con nuestras riquezas naturales del suelo y subsuelo. Ratificación del Convenio 169 de la OIT, en conjunto con una política clara del gobierno para proteger las riquezas naturales». [32]

Más tarde, con ocasión de un Seminario de Balance y Perfeccionamiento de la Ley Indígena, realizado en marzo de 1996 en la Cámara de Diputados, con participación de dirigentes indígenas, intendentes, alcaldes, indigenistas y funcionarios de CONADI, volvieron a hacerse planteamientos de:

> «–Modificar el Código de Aguas para consagrar la integridad del derecho de propiedad de la tierra y del agua.
> –Aplicar la norma de protección efectiva de las tierras frente a disposiciones de la ley minera, para cautelar el derecho al uso y goce de la tierra, y protección de las aguas subterráneas, en favor del propietario indígena»[33]

Es fácil advertir que lo reclamado en 1995 y 1996 es menos detallado que lo propuesto por el movimiento indígena a inicios de la década, pero tiene a su favor el peso de la experiencia de la desprotección y ser planteado en el nuevo contexto ya indicado.

[32] Ver. Intervención de Ana LLao, «Mujeres Mapuches y Tierra», y «Resoluciones» del *Encuentro Nacional de Mujeres Indígenas*, Temuco 30 de Enero –1º de Febrero, 1995.

[33] Informe de la Comisión de Protección Jurídica de Tierras. Relator Juan Carlos Flores. «Seminario ley Indígena, Valparaíso, marzo, 1996». En: *Pueblos Indígenas. Nueva Era* Año II (5), octubre 1996, Santiago.

Surge como balance la justeza de las olvidadas propuestas de protección de los derechos sobre tierra y recursos, contenidas en la resoluciones del Congreso de Pueblos Indígenas de Temuco, y la necesidad de retomarlas como parte de «la cuestión indígena en los nuevos tiempos». [34]

Podemos suscribir nuevamente una afirmación hecha en enero de 1991 en relación a la relevancia de esas clausulas propuestas por el Consejo de la CEPI y el Congreso Indígena, dirigidas a proteger el subsuelo, las riberas, los bosques y las aguas indígenas: *«quienes están al tanto de la legislación pesquera, minera, forestal y de aguas dictada durante el régimen militar podrán advertir la plena actualidad y conflictividad de este apartado de la Ley propuesta por la CEPI, pero una ley indigenista que no encare tales cuestiones sólo sería un papel inútil.* »[35].

4. PASOS HACIA UNA POLITICA PUBLICA.

Es previsible el aumento de conflictos por aguas, minería, y riberas, y por consiguiente la exigencia de resguardos especiales para los derechos indígenas sobre los recursos naturales y territorios, como un punto central de la nueva cuestión indígena.

La agenda indigena en los nuevos tiempos presentará énfasis distintos en relación a los que tuvo en la transición democrática. No son temas nuevos, (participación, mujeres, urbanos, salud, recursos naturales, territorialidad), sino que ganan más fuerza por su postergación anterior y las condiciones y efectos que impone la modernización del país. Los portadores de las demandas respectivas deberán abrirse paso si aspiran a contituir su problema en cuestiones públicas.

Más que problemáticas desvinculadas, es necesario distinguir un marco de replanteamiento de la «cuestión indígena», en el cual insertar la cuestión de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales y territorios. A nuestro juicio, ese marco es el proceso de modernización acelerada del país y globalizaciones. Es esa transformación lo que moldea la cuestión indígena de fin de siglo, la que

[34] A fin de cuentas las resoluciones del Congreso son el último acuerdo vigente, toda vez que desde 1991 no se ha vuelto a realizar otro Congreso Nacional de los Pueblos Indígenas.

[35] «Estado, Sociedad Chilena y Pueblos Indígenas ¿La otra transición democrática? Notas a propósito de la discusión de una nueva Ley Indígena». En: *Nütram* año VII (1), enero 1991, Santiago.

determina la gravedad o importancia de la diversidad de temas. Del mismo modo, es esa opción fundamental del país la que está marcando los límites de la buena voluntad del Estado hacia «las raíces de la nación». Lo que se simboliza en los conflictos ocasionados por las grandes obras en áreas indígenas, la impotencia indigenista y la prepotencia de inversionistas y autoridades.

Lo que hoy tenemos es una política pública indigenista que corresponde al período de la reparación y pagos de deudas sociales del Estado. Lo que se simboliza en Quinquén, y el Acuerdo de Imperial, último «Parlamento» entre representantes del Estado y Pueblos Indígenas. Lo que se materializó en una ley de políticas sociales.

Tardará en abrirse paso otra vez en Chile la «cuestión indígena» con su nueva agenda, tanto como demore en fortalecerse el movimiento indígena, y el actor indigenista. Tanto como tarden esos actores en ganar el capital de experiencia para desenvolverse en los escenarios complejos y difusos de la sobremodernización, con sus desterritorializaciones, y articulaciones local–global de los conflictos y las alianzas. Tanto como demoren las reelaboraciones de identidad y politica étnica en esta modernidad periférica.

Pero, oportuna o tardía, en esa nueva agenda de la nueva cuestión indígena el tema de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales, la tierra y el territorio, estará aun más asentada.

¿Cómo contribuir a los procesos propios de las políticas públicas indígenas desde la temática propiedad de recursos naturales indígenas? ¿Qué aspectos son posibles de avanzar hacia una Política de Estado de derechos indígenas? ¿Qué es posible hacer ahora más allá de la denuncia?

De un modo preliminar podemos identificar cuatro grandes líneas de acción a impulsar vinculadas a recursos naturales:

1. Inventarios.
2. Elementos Jurídicos de una Política de Estado
   - Uso activo de la Ley 19.253.
   - Modificaciones a Códigos de Minería, Aguas y Ley de Pesca.
   - Clausulas constitucionales.
   - Instrumentos de Derecho Internacional.
3. Formación de Institucionalidad Indigena y Recursos Humanos
4. Estrategia territorial de gestión del desarrollo.

4.1. INVENTARIOS.

Realización de inventarios sistemáticos, exactos y verificables de la situación de propiedad y manejo de los distintos recursos naturales de las regiones indígenas.

La utilidad es múltiple. Por un lado proporcionan una línea de base para medir los avances o retrocesos en la protección, recuperación y valorización de recursos, al modo de un sistema de «cuentas ambientales».

Son el fundamento técnico de la demanda. Asimismo, prestan utilidad para labores de planificación territorial del desarrollo.

En esta materia el Departamento de Tierras de la CONADI ha dado pasos significativos, pioneros. En la actualidad se cuenta con resultados de investigación en catastros de concesiones de acuicultura, tierras de playa, propiedad minera, propiedad del suelo a través del Registro de Tierras. Pero es insuficiente, para que el inventario sea eficaz debe ser periódico y sistemático.

4.2. ELEMENTOS PARA UNA POLITICA DE ESTADO.

La afirmación de principios contenida en los Artículos 1º y 13 de la Ley 19.253, que establece como un deber del Estado promover el desarrollo de los indígenas, proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y propender a su ampliación, adquiere una connotación especial en un contexto de modernización y globalización.

Tal afirmación de principios se planteó originalmente como un acto de reparación. Sostenemos que ahora debe ser replanteada y reforzada como política de Estado hacia los indígenas ante el proceso mayor de modernización, de cara a los desafíos del nuevo siglo, contexto en el cual los pueblos indígenas y sus recursos son más vulnerables, de no mediar una política de Estado expresa y sistemática.

Desde nuestra perspectiva, la necesidad de incorporar cláusulas legales y constitucionales tiene un objetivo pragmático, cual es dar fuerza a la ley 19.253, y otras que la complementen, y crear un marco de interpretación de todo el edificio jurídico[36]. Esto es particularmente relevante, no solo por la tradición cultural chilena de

[36] En el mismo sentido opina el Fiscal de MIDEPLAN, Sr. Alfonso Lazo. En: *Pueblos Indígenas. Nueva Epoca.* II Nº 5, 1996

apego a las leyes[37], sino por el cambio de equilibrios entre los Poderes Judicial y Administrativo, operado en los años ochenta como parte del rediseño neoliberal del país. Esto merece una consideración especial por sus vastas implicancias.

Bajo la nueva institucionalidad afianzada por la Constitución de 1980, el Poder Judicial juega el papel más protagónico que jamás ha tenido en Chile[38]. Este nuevo rol se basa en el temor de los constitucionalistas del 80 frente al «estatismo» y su intervención en muchas áreas de la economía y la sociedad. La nueva institucionalidad, entonces, se caracteriza por una combinación de iniciativa privada y subsidiaridad pública en dichas áreas, lo que la Constitución actual garantiza mediante la extensión y fortalecimiento tanto de los derechos privados, como del Poder Judicial[39].

Uno de los resultados importantes de la nueva institucionalidad, a tener presentes en una estrategia jurídica indígena, es el cambio trascendente en la relación judicial–administrativa, ya que hoy en día el poder judicial tiene una responsabilidad más activa e independiente en el control de la Administración, sobre todo en materias de derecho de propiedad. El mecanismo jurídico más importante al respecto es el recurso de protección, mediante el cual cualquier persona puede recurrir a las Cortes de Apelaciones para reivindicar el cumplimiento de leyes, o de determinados derechos constitucionales cuando estén amagados por actos administrativos o de particulares[40]. En una institucionalidad tal, muchos asuntos llegarán al sistema judicial que antes no habrían llegado y la judicatura tendrá a menudo que entrar al fondo de dichos asuntos, en la función de zanjar conflictos y trazar la frontera entre derechos y deberes[41].

[37] Ver, exposición de Carlos Figueroa: «La apertura de espacios, la ley y la política». En: Seminario Política de Igualdad de Oportunidades.- Santiago: SERNAM, 1994.

[38] Es conocida la existencia de dos grandes tradiciones jurídicas en occidente respecto a la relación judicial–administrativa. La tradición anglosajona y la de Europa continental y América Latina En el primer caso existe un fuerte rol judicial en materias de política pública de toda índole. En el segundo caso el Poder Judicial ha estado más subordinado a los demás poderes del Estado. En el caso chileno, la institucionalidad vigente después de 1980, ha puesto al país en una posición intermedia esas dos tradiciones del mundo moderno–occidental. (C. Bauer 1993. Lo que sigue está tomado de su texto).

[39] Ver C.Bauer (1993); H. Caldera (1990); J.L.Cea (1988).

[40] Art. 20 de la Constitución.

[41] E. Soto Kloss 1986.– «1976–1986, diez años de recursos de protección: una revolución silenciosa».- En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Nº 83, 1986.

Los gobiernos de turno, la administración, no pueden ir más allá de lo que la legislación les mandate en materia de protección de derechos indígenas y promoción del desarrollo. Pero tampoco pueden no cumplir lo que las leyes y la Constitución establecen.

Como hemos visto a lo largo del artículo y se detalla en el anexo, el tema del resguardo de los recursos naturales indígenas pasa necesariamente por los derechos de propiedad, desde la protección de la tierra, por exigirlo el interés nacional, hasta la modificación sistemática en favor de los indígenas de los regímenes de concesión, por exigirlo el interés nacional. Esos resguardos no tienen la debida fortaleza si no hay una norma constitucional que las respalde.

Identificamos las siguientes iniciativas para ir construyendo esa política de Estado, las que detallamos enseguida.

- Uso activo de la Ley 19.253.
- Modificaciones a los Códigos de Agua, Minería y Ley de Pesca.
- Clausulas constitucionales.
- Suscripción de Instrumentos Internacionales.

4.2.1. Uso activo de la Ley 19.253.

Hasta ahora ha habido un uso pasivo de la Ley 19.253, lo que sumado a sus limitaciones intrínsicas la ha hecho aun más ineficaz[42]. Entendemos por uso pasivo la aplicación de los mandatos explícitos de la ley. Uso activo es la deducción de implicancias de la Ley indígena, en tanto ley especial, para el resto del aparato jurídico chileno.

Una mirada atenta de la legislación vigente permite identificar instrumentos que pueden ser utilizados para proteger en alguna medida los derechos indígenas en cada una de las concesiones en disputa.

(i) Concesiones Mineras, Jueces de Letras y Prohibición de gravar.

La concesión minera es un resolución judicial. Además de un texto comentado y concordado de la Ley, falta una relación sistemática con el poder judicial, una labor de información hacia los jueces

[42] De parte del movimiento indígena y grupos indigenistas ha habido una actitud pasiva, que centra la atención cada año en la asignación de fondos del presupuesto público a la CONADI, para que ejecute programas al modo de un «FOSIS indígena», encargue estudios y compre algunas tierras, además del cumplimiento de funciones legales (conciliación, defensa jurídica, entrega de certificados de calidad indígena, etc.)

para que se cumplan debidamente con todos los mandatos y claúsulas de la Ley 19.253. En particular, es necesario oficiar a la Corte Suprema y juzgados civiles en relación a la prohibición de gravar las tierras indígenas, y por tanto declarar nulas absolutamente las concesiones mineras otorgadas cuyos pedimentos o manifestaciones fueron presentados con posterioridad a Octubre de 1993, y establecer el rechazo legal inapelable de toda manifestación o pedimento presentado por parte de persona no indígena que grave tierra indígena[43].

Para ésto deberá incorporarse un nuevo Informe Técnico emitido por CONADI, que establezca la condición indígena de personas y tierras, a tener en cuenta por parte de los jueces de letras, junto con el de SERNAGEOMIN, para resolver concesiones solicitadas en alguna de las trece provincias donde hay tierras indígenas[44].

(ii) Aguas. Convenio con DGA.

- La Ley señala que CONADI puede recibir del Estado derechos de agua (Art. 21 de la ley 19.253). Entonces tras un estudio de catastro de derechos de aguas y disponibilidad, CONADI debe solicitar la totalidad de derechos disponibles en las microcuencas indígenas y más allá, para constituir efectivamente un «Fondo de Aguas».[45]
- Resguardo frente a solicitud de derechos de aprovechamiento.

El Código de Aguas exige que la solicitud sea publicada para que terceros que son afectados puedan oponerse en un plazo de 30 días. Esta norma resulta ineficiente para el caso indígena, pues resulta improbable que un campesino identifique el hecho en un diario, y que interprete coordenadas, y deduzca que sus derechos estan siendo menoscabados.

Para subsanarlo y asegurarse de que no quede ninguna solicitud de no indígenas sin oposición, cuando corresponda, puede establecerse un procedimiento, que permita que todas las solicitudes recibidas por la DGA sean conocidas por CONADI, y en caso de que una solicitud afecte derechos de indígenas se informe a la DGA y ésta disponga notificación personal al afectado. Tanto el afectado,

[43] Ver Informe del Abogado Sergio Oliva al Jefe del Departamento de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indigena (ms), Temuco, 1996.

[44] Esto requiere que CONADI cuente con el catastro y cartografía de las tierras indígenas, georeferenciadas en Coordenadas UTM.

[45] Hasta ahora la CONADI se ha limitado a subsidiar la solicitud de derechos de agua por parte de comunidades y personas indígenas, en una práctica artesanal y poco audaz.

como CONADI podrán oponerse a la solicitud e ir al remate subsiguiente. Estas tareas de DGA de acuerdo al Art. 131 del Código de Aguas, y en cumplimiento del deber que la Ley 19.253 asigna a todas las instituciones del Estado (Art.1º). Debe recordarse que el otorgamiento de derechos de agua es un trámite Administrativo no judicial.

Para hacer efectivo estos dos procedimientos señalados debe existir un catastro completo de tierras indígenas y recursos hídricos.

(iii) Concesiones de acuicultura.

Es posible establecer la participación de CONADI y Organizaciones Indígenas en definición de zonas aptas para acuicultura. (Art. 67 Ley de Pesca; Arts. 1º, 34 y 39 Ley Indígena).

4.2.2. Modificaciones al Código de Minería, Código de Aguas y Ley de Pesca.

• Código Minero.

Incorporar un número a los Artículos 57 y 79 del Código Minero, ordenando la solicitud de Informe de CONADI, informando condición de tierra indígena o no del predio, para aplicar art. 13 de Ley 19.253., en caso de manifestaciones y pedimentos de provincias indicadas.

• Código de Aguas.

Agregar un inciso al Art. 20 que establezca que, tratándose de tierras indígenas, los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas pertenecen en forma intrasferible al propietario del predio, en comunidad de aguas. Corresponderá a CONADI y DGA realizar los estudios técnicos para determinar los volúmenes respectivos.

• Ley de Pesca.

Privilegio de exclusividad de concesiones de acuicultura en areas aptas marítimas y lacustres, ribereñas indígenas.

4.2.3. Cláusulas constitucionales.

Reponer a tramitación el proyecto de Reforma constitucional propuesto en 1991, (en particular los Artículos 2º y 3º) :

Art. 1º Agrégase como inciso fonal del artículo 1º, el siguiente:

«El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena»

Art.2º Agrégase como inciso final del número 22 del artículo 19, el siguiente:

«La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias determinados a favor de las comunidades indígenas».

Art.3º Agrégase al artículo 62, como número 7º, nuevo el siguiente:

«7º Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas».

A partir de lo que fue la primera experiencia de presentación del proyecto de reforma, en que la defensa indigenista y el rechazo parlamentario se ideologizaron, centrándose en la expresión «pueblos», sin dar pie a nada más, cabe plantearse una variante de redacción que reemplace «pueblos» por «etnias indígenas», como opción aceptable que posibilite la reforma en el actual período.[46]

Insistimos en el enfoque pragmático de estas propuestas, en el contexto instucional y jurídico chileno.

4.2.4. Ratificación de Instrumentos internacionales por parte del Estado de Chile.

Existen a los menos cuatro instrumentos internacionales posibles de ratificar o suscribir por parte del Estado chileno, y posibles de utilizar como referencia para la defensa de derechos indígenas.

• Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)

• Borrador de Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas. (1993)

---

[46] Una defensa principista de la expresión «pueblos», tal como se usa en el Artículo 1º, no solo es contradictoria sino absurda.
Tal defensa en 1991, muchas veces se hizo como acción político–simbólica: el «reconocimiento». Inclusive varios defensores a ultranza jamás leyeron el breve texto del proyecto de reforma constitucional.
El otro extremo fue restarle importancia a la reforma, entendida como un mero simbolismo. Como lo expresara uno de los principales líderes mapuches: «Nuestra gente no come de reconocimiento constitucional. Queremos ley ahora».

• Borrador de Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígena. (1995)
• Convenio de Biodiversidad Cumbre de la Tierra. (1992)

Estos instrumentos tienen fortalezas y debilidades propias de acuerdos internacionales consensuados. Esto es particularmente evidente en materia de propiedad de recursos naturales y territorialidad.

Hay fortalezas en materia de reconocimiento del derecho de tierras y territorios:

> «Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y gestión de los recursos, y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda ingerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos»[47]

Hay debilidades en todos en materia del subsuelo, limitándose a señalar, con variantes según cada texto, lo que el Borrador de Naciones Unidas expresa:

> «Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expreado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se otorgará una indemnización justa

[47] Art. 26 Borrador de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. Un comentario a las debilidades en el artículo de Andrew Gray «Protección Internacional de los Derechos Indígenas: El Subsuelo –¿olvidado o ignorado?». Boletín IWGIA Nº 3, julio 1993, Copenhague.

> y equitativa para esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual»[48]

Si bien en materia de recursos naturales, estos instrumentos no son completos, resulta provechosa la discusión de los mismos, como parte del proceso de construcción social de la política pública indígena. Asimismo, su ratificación o suscripción establece un marco propicio para fines de política indígena local, toda vez que estos instrumentos son más avanzados que la legislación chilena en materia de reconocimiento a derechos sociales, económicos, culturales y de participación.

4.3. CREAR INSTITUCIONALIDAD PUBLICA E INDIGENA PARA LA POLITICA DE RECURSOS NATURALES.

4.3.1.Hay tres razones para crear dentro de CONADI una institucionalidad pública indigenista especializada en temas ambientales y de recursos naturales. Estas razones son:

a) Las nuevas funciones para CONADI como parte del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, derivadas de la Ley de Bases del Medio Ambiente;
b) Las funciones que se proponen de emisión de Informes de tierras indígena como parte del procedimiento minero y de aguas; y
c) La recurrencia de conflictos ambientales en áreas indígenas.

La figura es una Unidad de Medio Ambiente y Recursos Naturales en el Departamento de Tierras y Aguas de CONADI, a cargo de la Evaluación de Estudios de Impacto Ambiental, Catastros Minero y de Aguas, y defensa jurídica de derechos sobre recursos naturales.

4.3.2.Formación de Recursos Humanos indígenas y promoción de Corporaciones privadas indígenas especializadas en EIA, Inventarios y Manejo de Recursos Naturales.

Hoy día no hay capacidad indígena suficiente para hacerse cargo en toda su complejidadde la problemática de propiedad, ma-

[48] Art. 30, Ibid

nejo de recursos naturales, y conflictos ambientales.

Faltan recursos humanos indígenas para multiples tareas, y falta institucionalidad indígena capaz de ser contraparte del Estado y de la gran empresa en materia de Evaluación de Impacto Ambiental, catastros y manejo de recusos naturales. Tampoco existe institucionalidad indígena de sociedad civil con la capacidad para instalar temas y participar sistemáticamente en los procesos de la política pública.

Resolver esa carencia es tan vital como lograr los cambios legales.

4.4. GESTION TERRITORIAL DEL DESARROLLO.

Toda política indígena parte de necesidades concretas: generación de ingresos, seguridad alimentaria, etc., aquello que gruesamente se denomina «el desarrollo». Creemos que es posible y necesario articular el tiempo corto de los proyectos de desarrollo, con el tiempo medio del manejo de recursos naturales y el tiempo largo de hacer territorialidad.

El puente se establece en una estrategia dirigida a resguardar el dominio pleno del suelo y los derechos sobre sus recursos concesionables en unidades naturales completas. A la vez una planificación del desarrollo sobre la base de esas mismas unidades naturales. Control indígena sobre sus microcuencas para plantearse su manejo integral.

En el caso mapuche, analizando su geografia emergen 120 microcuencas relevantes, y dadas sus dimensiones y ubicación, no es aventurada una política de compra de predios que asegure en el mediano plazo el control mapuche sobre toda la superficie, a lo menos en 60 microcuencas seleccionadas, acompañado de medidas de protección del subsuelo y titularidad de los derechos de aguas. Y en esas microcuencas implementar programas de manejo y desarrollo socioeconómico y organizacional.

En función de esa estrategia es necesario diseñar y establecer proyectos de cooperación internacional y/o Convenios de Programación entre CONADI y los organismos pertinentes:

a)Para adquisición u otorgamiento de derechos de aguas en todas las microcuencas.
b)Programa de compra de predios , control y manejo de microcuencas.

En definitiva, una estrategia que restituya el sentido profundo que la Tierra posee para las comunidades indígenas, protega los recursos naturales ante el asedio, amplie y reafirme al mismo tiempo los derechos y el territorio. ❑

ANEXO 1.

REGIMEN CHILENO DE PROPIEDAD Y CONCESIONES SOBRE EL SUBSUELO, LAS AGUAS Y LAS RIBERAS.

Dado que las tierras, las aguas, subsuelo, y riberas de los territorios indígenas se rigen por normas de propiedad específicas, es necesario que tanto la dirigencia indigena, los indigenistas e investigadores, incorporemos en nuestro repertorio todas las legislaciones que rigen a cada uno de los recursos. Es necesario su análisis tanto para identificar lo que hay que cambiar y aquello que es posible de utilizar para resguadar derechos indígenas.

En particular, es necesario analizar los aspectos legales referidos a propiedad sobre recursos sobre los cuales existe presión de intereses económicos. A continuación entregamos un breve resumen de conceptos y procedimientos.

1.2.1. El subsuelo.

El derecho minero está normado por la Constitución Política, la Ley Nº 18.097 de 1982, sobre Concesiones Mineras y el Código Minero promulgado en septiembre de 1983.

De acuerdo a la Constitución de 1980 (Art. 19 Nº 24) y el Código Minero:

> «El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...) no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas»[49].

Ambos dominios, del predio superficial y del subsuelo, son distintos, el primero lo ejerce el titular respecto de la superficie, lo que se denomina «el casco», en tanto que el Estado lo ejerce en el subsuelo. Junto con reservarse el dominio del subsuelo, el Estado garantiza y norma la facultad de cualquier persona de catar y cavar para buscar sustancias minerales en terrenos de cualquier propietario, y también el derecho de constituir concesión minera de exploración o de explotación sobre las sustancias que la ley declara concesibles[50].

[49] El inciso 24 del Art. 19 de la Constitución es uno de los más extensos de la Carta Fundamental de un país esencialmente minero. Este rango constitucional del derecho minero no es una novedad introducida por los militares. Fue establecido ya en la reforma constitucional de 1971, aprobada por unanimidad por el Parlamento, modificando la Constitución de 1925 para nacionalizar la gran minería del Cobre.

Asi, la figura legal clave es la concesión minera. Esta es un derecho que otorga el Estado para explorar o explotar una mina. La concesión minera es un derecho real e inmueble; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales. Si bien el particular no es «dueño» de la mina, sí lo es de la concesión, y en ello está protegido por la garantía constitucional del dominio.

La concesión tiene una materialidad, una extensión territorial en su cara superior, con forma paralelógramo de angulos rectos, y una profundidad indefinida. Tal como veremos más adelante, las concesiones mineras son perfectamente localizables en un mapa. La concesión minera puede ser de exploración o de explotación.

Una concesión de exploración es temporal, con una duración limitada, y se otorga para investigar la existencia de sustancias minerales concesibles. La concesión de explotación es indefinida en el tiempo y faculta tanto para explorar como para explotar las sustan-

[50] Nota histórica. El carácter de propiedad del Estado de las minas es una herencia colonial de gran arraigo, que recogieron todos los Códigos mineros republicanos. De allí la dificultad para plantear un cambio en esta concepción, pero también radica allí parte de la explicación de los problemas de los indígenas e invadidos de ayer y de hoy. Curiosamente, los abogados suelen desconocer la historicidad de la norma, y solo atinan a defenderla.

Felipe II, el genial organizador del Imperio Español, fue el verdadero padre de la legislación minera especial tal como se la concibe en los tiempos actuales. Si bien hay normas del siglo XIV, con las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno dictadas por Felipe II válidas para España y América, se asentó el dominio real sobre el subsuelo. Lo que hizo este monarca del siglo XVI fue recoger la herencia jurídica de otro imperio, el romano, que a la par de sus conquistas estableció el dominio del Emperador sobre las minas. En definitiva, imperios buscadores de oro y plata, normaron para cautelar su dominio más preciado.

Es curioso también constatar, que la norma romana previa al tiempo de conquistas y sometimiento de «barbaros», en el bienamado derecho romano preimperial de los abogados, las minas fueron consideradas como una dependencia de la propiedad de la superficie y por consiguiente, como de dominio privado. Tal como piensa un indígena de hoy, la regla clásica era «qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum: la propiedad del suelo implica la propiedad de la parte superior y de la parte inferior». Por cierto, volver a esa norma clásica, tal como lo exigen las organizaciones indígenas hoy implicaría, además de contrariar el fundamento de la nacionalización del cobre, contrariar toda esa larga tradición jurídica de Occidente de imperios y repúblicas, lo que en un país legalista, minero, y en tiempo de transnacionales, pactos económicos internacionales, FMI, OMC, es algo complejo y titánico, por decir lo menos.

cias minerales; se le llama también «pertenencia minera».

Una concesión de exploración en trámite se denomina «pedimento». A su vez una pertenencia en trámite pasa por dos estados: «manifestación» y «solicitud de mensura». Todas las concesiones solicitadas son publicadas mensualmente en el Boletín Oficial de Minería.

No entraremos en detalles acerca del procedimiento de constitución de concesiones mineras, pero para fines de la presente expocisión es conveniente retener algunos conceptos adicionales. Todo el trámite de las concesiones se realiza ante tribunales, el otorgamiento de la concesión corresponde a la sentencia del juez de letras del lugar donde está ubicada la concesión en trámite. El juez es quien determina si la solicitud (pedimento o manifestación) se ajusta a los requisitos legales y técnicos. El aspecto técnico lo informa el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) y los aspectos legales están normados en el Código de Minería.

La ley exige la cancelación de una patente anual, de no pagarse ésta se pierde la concesión. La norma busca incentivar al cumplimiento de trabajos mineros para los cuales fue otorgada la concesión. Sin embargo lo efectivo es que pagando la patente, tales trabajos pueden efectuase o no.

Este último hecho es relevante. Es frecuente el caso de concesiones mineras cuyos titulares no piensan usarlas para fines mineros, sino, justamente, para proteger sus suelos de las incursiones de mineros los que, de instalarles un pedimento o manifestación, de acuerdo a la ley tienen garantizada la imposición de servidumbres en el predio (derecho a abrir la tierra, a establecer caminos de acceso, etc.). Es el caso de empresas forestales que de ese modo protegen sus plantaciones. Es también el caso de grandes construcciones privadas o públicas en que sus inversionistas, previo al inicio de las obras, adquieren los derechos del subsuelo. En estos casos se justifica el pago de una patente anual, que resulta marginal al lado del valor de las inversiones en el predio y las obras a levantar.

Muchas veces, la solicitud de concesión minera puede ser la primera señal de una futura gran construcción. Es el caso de la concesiones mineras de Endesa en el Alto Bio Bio, o de Forestal Valdivia (filial del grupo COPEC) con sus concesiones en San José de la Mariquina, protegiendo el sitio donde instalará la planta de celulosa. Si esos predios no tuvieran su subsuelo protegido bien podría instalarse un minero, y otros ciudadanos interesados, a hacerles hoyos en ejercicio de su derecho constitucional de catar y cavar.

1.2.2. Las riberas.

Existen más de trescientas comunidades mapuches costeras de mar y ribereñas de lagos. Por esta situación geográfica, sobre ellas se aplican la diversidad de cuerpos legales que regulan el borde mar, asi como las playas, zonas de servidumbre de pesca, terrenos de playa, de mar y lagos.[51] Lo relevante para la temática que tratamos en este artículo son las presiones de intereses económicos sobre los recursos acuícolas[52].

En Chile son limitadas las áreas aptas para fines de cultivos de especies hidrobiológicas, tales como, peces (salmones, truchas, etc.), moluscos (choros, cholgas, ostras, ostiones, etc.), algas (pelillo, luga luga, etc.). Estas áreas, en general, se ubican en bienes nacionales de uso público o de propiedad fiscal, tales como playas, borde marino, fondo y rocas de mar, lagos y ríos navegables por buques de más de 100 toneladas, por lo cual su aprovechamiento solo es posible previa autorización o concesión.

Las normativa que regula las concesiones y autorizaciones de acuicultura está contenida en el texto refundido de la Ley General de Pesca y Acuicultura, publicada el 21 de enero de 1992, que recoge la legislación vigente desde 1960.

La concesión de acuicultura es un acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona los derechos de uso y goce, por tiempo indefinido sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades de acuicultura. Los derechos de concesionario serán transferibles y en

[51] *Playa* es la primera porción de tierra desde donde llegan las olas hasta la línea dejada por las más altas mareas; es un bien nacional de uso público. La zonas de servidumbre de pesca van desde la playa hasta ocho metros tierra adentro. Los siguientes 80 metros son los terrenos de playa, los que pueden ser fiscales o privados. En el verano de 1996–1997 se ha reactivado una disputa legal por los terrenos de playa, motivado por la instalación de centros exclusivos de emptesas inmobiliarias que han cerrado el acceso a playas, ante lo cual las Intendencias y el Ministerio de Bienes Nacionales han tomado medidas para cautelar los derechos nacionales vulnerados. Ver *El Mercurio*, 12 Enero 1997.

[52] Existe también la ptesión sobre sus terrenos de playa, en particular los que poseen las comunidades ribeteñas de lagos, lo que corresponde a un problema de propiedad del suelo. Por cierto no es un problema menor, ya que comunidades de del lago Panguipulli, Ranco, Maihue han perdido parte importante de sus riberas, y en el caso de los lagos Lanalhue y Caburga, se han perdido todas las tierras mapuches ribereñas. Para esto se han utilizado procedimientos de arriendo a 99 años antes de la Ley 19.253, y después de ella, a 5 años renovables automáticamente; también han sido permutados o comprados fraudulentamente.

general susceptibles de negocio jurídico. Cuando esto signifique una cesión, traspaso o arriendo de la concesión, deberá ser aprobado por la autoridad concedente.[53]

La autorización de acuicultura es el acto administrativo mediante el cual la Subsecretaría de Pesca faculta a una persona para realizar actividades de acuicultura por tiempo indefinido, en aquellas áreas que corresponden al ámbito de competencia de la Dirección General de Aguas[54]. Estas autorizaciones otorgan a sus titulares el derecho de aprovechamiento de las aguas concedidas. Los derechos del acuicultor serán transferibles y en general susceptibles de negocio jurídico. Cuando éste signifique un cambio en la titularidad de la autorización, deberá ser aprobado por la autoridad que lo otorgó. Esta clase de autorizaciones sólo estarán afectas al pago de patente anual cuando se trate de porciones en cuerpos de agua.

Las clases de concesiones y autorizaciones de acuicultura son: de playa, de terrenos de playa, de porción de agua y fondo, y de rocas.

Las concesiones y autorizaciones de acuicultura se pueden otorgar en areas fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura[55]. Corresponde a la Subsecretaría de Pesca del Ministerio de Economía determinar técnicamente las áreas apropiadas, con la debida consulta a los organismos encargados de los usos alternativos de esos terrenos o aguas.

Las Areas apropiadas que hasta 1996 han sido fijadas corresponden a áreas marítimas; y si bien hay concesiones y autorizaciones vigentes en diversos lagos, éstos aun no han sido declarados aptos plenamente, definición que está en consulta con las municipalidades, SERNAP, CONAF, SAG.

En el debate de definición de aptitudes de los lagos, hasta ahora la distinción de usos alternativos en conflicto en lagos y lagunas, ha sido planteado entre acuicultura y turismo; no se ha planteado el tema del equilibrio ecológico y protección de los lagos mapuches.

[53] De acuerdo al D.F.L. Nº 340 de 1960, la Subsecretaría de Marina tiene la facultad de conceder en concesión el uso particular de las playas y terrenos de playa fiscales, asi como de rocas, fondo de mar, porciones de agua dentro y fuera de bahías, del mar territorial de Chile y de los ríos y lagos navegables por embarcaciones de más de 100 toneladas.

[54] Definido en el Código de Aguas, y suceptibles de constituir derechos de aprovechamiento: Aguas corrientes y detenidas correspondientes a lagos y lagunas navegables por buques de más de 100 toneladas, ríos, esteros, pantanos, excepto aquellas aguas que nacen y mueren en un mismo predio.

[55] Estas áreas pueden corresponder a playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas, dentro y fuera de las bahías, y en los ríos y lagos que sean navegables por buques de más de cien toneladas.

1.2.3. Las aguas.

De acuerdo al Código de Aguas de 1981, las aguas son bienes nacionales de uso público y el Estado puede otorgar a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas. Aquí la figura clave es el derecho de aprovechamiento, o «derechos de aguas».

El derecho de aprovechamiento se constituye por un acto de autoridad. El Estado a través de la Dirección General de Aguas concede tal derecho, gratuitamente, a solicitud del interesado, siempre que exista disponibilidad de agua en el lugar donde lo solicita.

Una vez concedido el derecho el titular queda en posesión del mismo tras su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Al igual que la concesión minera, éste es un derecho real, que recae sobre las aguas, es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él (venderlo, transferirlo etc.).

Es posible solicitar derechos de aprovechamiento de aguas superficiales corrientes (esteros, ríos), aguas subterráneas, y de cuerpos de agua (lagunas, lagos). El derecho de aprovechamiento se expresa en volumen por unidad de tiempo (litros/segundo). En la solicitud, que debe publicarse en un diario de la provincia donde se ubica el punto de captación, debe especificarse el tipo de derecho solicitado.

Los derechos de aprovechamiento se clasifican en *Consuntivos* (se consume totalmente el agua) y *No Consuntivos* (se aprovecha el agua y luego se restituye). A su vez estos dos tipos se subdividen según el ejercicio del aprovechamiento, en contínuo, discontinuo, alternado con otras personas.

Lo relevante para fines de este artículo es que, a diferencia de la concesión minera, el poseedor del derecho de agua no solo recibe gratuitamente el derecho sino que además no paga patente alguna. De este modo no hay un costo o cargo por el no aprovechamiento efectivo. El Código de Aguas de 1981 tampoco obliga al solicitante a especificar para qué quiere el agua, ni a ser propietario del predio adyacente. En otras palabras, cualquier persona puede solicitar un derecho de aprovechamiento de aguas de cualquier curso de agua, napa, laguna, etc.

Tal como señala un experto, *«Si bien se mantuvo el concepto de que el agua es un bien nacional de uso público, en el hecho, al otorgar el derecho de aprovechamiento de aguas en su actual concepción a los par-*

ticulares, dicha mención en la práctica tiene un mero valor declarativo»[56] En efecto, el actual Código de Aguas ha sido llamado un «código neoliberal» por su marcado énfasis en la propiedad privada en derechos de aguas y la lógica de mercado, estableciendo una ruptura con la legislación anterior en materia de aguas.

De los cuatro cuerpos legales que interesa examinar e este artículo, es el Código de Aguas de 1981 el que ha suscitado más controversias en el país. Y, en las condiciones legales actuales, es el que genera efectos más lesivos a los derechos de las comunidades indígenas.

Los aspectos más negativos del Código de 1981 son los siguientes:

- Se eliminaron todas las disposiciones referidas a la facultad del Estado para racionalizar el uso del agua; asegurar reservas de agua; establecer el uso racional y beneficioso de la misma: asignar prioridades en el uso del agua; caducar derechos no ejercitados, etc.
- Se eliminaron los requisitos de asociar el uso del agua a un fin determinado.
- Se eliminó la exigencia de justificar la cantidad de agua solicitada, en función de los requerimientos del bien en que se desea usar o destinar.
- Se eliminó la obligación de ejercitar el derecho de aprovechamiento constituído. En consecuencia, se pueden tener las aguas en el cauce en forma indefinida, sin temor a perder el derecho sobre las mismas[57].
- No se contempla los usos no convencionales de las aguas, in situ, tales como la preservación estética y ecológica[58].

Las consecuencias de estos vacíos legales son evidentes y graves y han estado en discusión desde su dictación. Actualmente está en tramitación un proyecto de Ley que corrige parte de estos vacíos del Código de Aguas, pero allí no se han hecho llegar indicaciones

[56] Muñoz, Jaime.– «Política Nacional de Aguas y la Escasez del Recurso». En: *Seminario Sobre Política Nacional de Aguas*.- CEPAL–DGA, Agosto 1991.
[57] Muñoz (1991) Ibid.
[58] Brown, E.– «Disponibilidad de recursos hídricos en Chile en una perspectiva de largo plazo».- En: O.Sunkel (ed), 1996.

referidas a las aguas indígenas.[59]

Mientras no se reforme el Código todas las aguas son concesionables.

El efecto hasta ahora es que ya están inscritos gran parte de los derechos entre la I y IX regiones, los que están en manos de empresas mineras, sanitarias, forestales, ENDESA, grandes latifundistas, y especuladores.

Tras la promulgación del Código en 1981 no se siguió una campaña de difusión que informara a los campesinos de la necesidad de solicitar derechos a la DGA, de regularizar derechos de agua ocupados, o de oponerse a dichas acciones cuando otra gente las emprendía[60]. Asi se fueron perdiendo años y derechos posibles de resguardar. ❑

[59] E. Frei R–T, Mensaje Nº 05–333 «Formula Indicación al Proyecto de Modificación del Código de Aguas», Santiago, 4 de julio de 1996.
La Comisión Especial de la Cámara de Diputados a cargo del *Estudio del Régimen Jurídico de las Aguas*, y revisión del Código respectivo, está presidida por el Sr. Mario Acuña (DC), e integrada por los siguientes parlamentarios: Jorge Pizarro, Hosain Sabag, Exequiel Silva (DC); Rene Manuel García, Eugenio Munizaga, Pedro Alvarez–Salamanca (RN); J.Antonio Coloma, Víctor Pérez (UDI); Armando Arancibia, Juan Pablo Letelier (PS); Guido Girardi, Octavio Jara (PPD).
[60] Los parceleros de la Reforma Agraria recibieron apoyo del SAG a partir de 1985, que les regularizó sus títulos de derechos de agua (Urrutia, 1989).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

DOCUMENTOS INDIGENAS

Comisión Especial de Pueblos Indígenas 1991.– *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas de Chile, Temuco 1991.*- Santiago: Edición CEPI.

Comisión Técnica de Pueblos Indígenas 1989.– *Presentación a los partidos políticos.*- Santiago.

Memoria Encuentro Nacional de Mujeres Indígenas, Temuco 30 de Enero–1º Febrero, 1995.

OTROS DOCUMENTOS

Aldunate, Carlos 1985.– «Desecación de las vegas de Turi».- en: *Chungará* Nº 14.- Arica.

Aravena, A. & G. Zuñiga 1993.– *Diagnóstico sobre la situación de los Pueblos Indígenas de Chile.*- Santiago: mimeo.

Aylwin, José 1994.– «Los pueblos indígenas de Chile en la transición democrática».- en: *Proposiciones* Nº 25.- Santiago: Ediciones Sur.

_____ 1996.– «Ley 19.253. Virtudes y defectos para el reconocimiento de los derechos indígenas».- en: *Pueblos Indígenas. Nueva Era*, Año II (5), octubre.- Santiago: CONADI.

Aylwin, J. & E. Castillo 1990.– «Legislación sobre indígenas en Chile a través de la historia».- *Documento de Trabajo* Nº 3.- Santiago: C.Ch.DD.HH.

Aylwin, Patricio 1990.– «Mensaje del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, 8 de octubre de 1990».- en: CEPI 1991.- Santiago.

Bengoa, José 1994.– *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas.*- Documento Nº 2.- Temuco: Instituto de Estudios Indígenas UFRO.

Besnier, Enrique 1992.– *El desarrollo de los Pueblos Indígenas.*- Exposición en panel.- en: C.Ch.DD.HH.

Brown, Ernesto 1996.– «Disponibilidad de recursos hídricos en Chile en una perspectiva de largo plazo».- en: Osvaldo Sunkel (ed) *Sustentabilidad ambiental del crecimiento económico chileno.*- Santiago: Universidad de Chile.

Caldera, Hugo 1990.– «Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el Capítulo I, bases de la Institucionalidad, de la Constitución Política de 1980».- en: *Revista de Derecho Jurisprudencia* 87 (1).- Santiago.

Cavieres, Aarón 1985.– *Estudio del efecto de las políticas de uso de los recursos hídricos del altiplano chileno sobre las comunidades de pastores aymaras.*- (mimeo).- Santiago: CODEFF.

Cea, José Luis 1988.–*Tratado de la Constitución de 1980: características Generales, garantías constitucionales.*- Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

CEPI 1990.– *Primer borrador para la discusión de la Ley Indígena.*- (mimeo).-Julio de 1990.

____ 1991a.– *Proyecto de Ley Indígena. 5ª a 6ª Versión.*- (mimeo).- Marzo de 1991.

____ 1991b.– *Dos leyes para los pueblos indígenas.*- Santiago.- 12 ocrubre 1991.

C.Ch.DD.HH. 1992.– *Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena.*- Santiago: Comisión Chilena de Derechos Humanos.

Falachi, Carlos et al 1995.– «La explotación de recursos naturales en las tierras indígenas».- en: *Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena.*- Temuco: IEI, UFRO.

Figueroa, Carlos 1994.– «La apertura de espacios, la ley y la política».- en: *Seminario política de igualdad de oportunidades.* Santiago: SERNAM.

Flores, J.C. (relat.) 1996.– «Informe de la comisión de protección jurídica de tierras. Seminario Ley Indígena, Valparaíso, marzo 1996».- en: *Pueblos Indígenas. Nueva Era,* Año II nº 5, octubre.- Santiago.

Gomez, Sergio 1991.– *Manual de Derecho de Minería.*- Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Gray, Andrew 1993.– «Protección Internacional de los Derechos Indígenas: El Subsuelo –¿olvidado o ignorado?».- en: *Boletín IWGIA* nº 3, julio 1993.- Copenhague.

Lazo, Alfonso 1996.– «Tres años de aplicación de la Ley de Desarrollo Indígena».- En: *Pueblos Indígenas. Nueva Era,* Año II nº 5, octubre.- Santiago.

Lemereis, Jaap 1987.– *La lucha por el agua de los aymaras del norte de Chile.*- Iquique: Cuadernos CIS nº 20.

Maffei, Eugenio 1992.– *Evaluación del Programa de Riego Campesino (Convenio FOSIS / INDAP).*- (mimeo).- Santiago.

Muller, Pierre 1990.– *Les politiques Publiques.* Paris: Presses Universitaires de France.

Muñoz, Jaime 1991.– «Política Nacional de Aguas y Escasez del Recurso».- En: *Seminario Sobre Política Nacional de Aguas,* CEPAL–DGA, Agosto 1991, Santiago.

Oliva, Sergio 1996.– «Informe al Jefe del Departamento de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena» (mimeo)

República de Chile 1994.– *Código de Aguas.*- Santiago: Editora Jurídica Manuel Montt S.A.

_____ 1982.– *Código de Minería.*- Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

_____ 1992.– *Ley de Pesca y Acuicultura.*- Santiago: Ediciones Publiley.

_____ 1994.– Constitución Política de la República de Chile. 1980.- Santiago: Ediciones Publiley.

Smith, Martin 1994.– «Pluralismo, pluralismo reformado y neopluralismo. El papel de los grupos de presión en la elaboración de políticas». En: *Zona Abierta* 67/68, Madrid.

Soto Kloss 1986.– «1976–1986. Diez años de recursos de protección: una revolución silenciosa». En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Nº 83, Santiago.

Sunkel, Osvaldo (ed) 1996.– *Sustentabilidad Ambiental del Crecimiento Económico Chileno.*- Santiago: Universidad de Chile.

Toledo, Víctor (1991) «Estado, Sociedad Chilena y Pueblos Indígenas ¿La Otra Transición Democrática? Notas a propósito de la discusión de una nueva ley indígena». En: *Nütram,* año VII (1), Enero.- Santiago: Ediciones Rehue.

_____ 1995.– «Catastro de concesiones mineras comprometiendo tierras indígenas». Informe a Geoexploraciones S.A. para estudio de CONADI. (ms)

_____ 1996.– *Atlas Digital de Tierras Mapuche.*- Sistema de Información Geográfico aplicado al catastro de recursos naturales. (ms), Temuco.

Urrutia, Hernán 1989.– «Regularización de derechos de aprovechamiento de aguas por el Servicio Agrícola y Ganadero». En: Confederación Nacional de Regantes de Chile, *2ª Convención Nacional de Regantes de Chile septiembre 1989,* Santiago. ❑