

## Las Tierras Indígenas en la Ley 19.253

Jaime López Allendes\*

### ABSTRACT

Since 1993, there is a law in Chile that recognises the indian lineage and expresses that the native land is for those people the principal reason of its existence and its culture. This declaration of chilean legislators is the support that promotes a special law status. Though before 1993 there were several laws in Chile for grouped the native in communities, and then division to get a legal regimen of private propriety in order to do latter, commercial transactions. The principal innovation of this law is that recognises the value of land as a culture habitat and not only a merchandise.

The indigenous law in Chile, number 19.253, recognise the private, individual and communitary propriety with and historic and legislative criterion, and lets it sale in a restrictive way. That is only between people or indigenous communities, with some exceptions and the mediation of the National Corporation of Indigenous Development (CONADI). Besides, it establishes a Public Fund to amplify the indigenous possessions.

The law enforces Customary Rights of indians which is important in respect to the patrimonial regimen of there families and there inheritance rights.

The object of this study is to express a critical analysis of the law number 19.253 since the point of view of the legal regimen of indian land. We want note technical imperfections to profound difficulties specially related to the fact of the creation of a restrict market wich does a damage to the economic value of indigenous propriety, and finally leading to poverty of this people.

### RESUMEN

Desde el año 1993 rige en Chile una ley que reconoce a las etnias indígenas y señala que la tierra es para estas el fundamento principal de su existencia y de su cultura. Tal declaración del legislador chileno es el basamento donde se levanta un régimen jurídico especial. Si bien con anterioridad se habían dictado varias leyes que regían las tierras indígenas, aquellas tuvieron por objeto, primero la radicación de los indígenas en comunidades, y luego la división para el ingreso de tales inmuebles al régimen común de propiedad privada, y más tarde al mercado. La mayor innovación de la ley en comento se refiere a que reconoce el valor de la tierra como hábitat cultural, y no como una mera mercancía.

La ley 19.253, ley indígena vigente en Chile actualmente, reconoce la propiedad privada indígena individual y comunitaria, con un criterio legislativo histórico, y permite su comercialización en un mercado restringido, conformado únicamente por personas y comunidades indígenas, con algunas excepciones cuya principal característica es la intervención del servicio público especializado, la Corpora-

ción Nacional de Desarrollo Indígena –CONADI-. Además crea un Fondo estatal para la ampliación de las tierras indígenas. La norma también le da vigencia al Derecho Consuetudinario Indígena, lo que tiene importancia respecto de las tierras en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio y al derecho sucesorio.

El presente trabajo ha tenido como objetivo hacer un análisis de la ley 19.253 en el marco del concepto de tierras indígenas. Producto del análisis, se plantean las críticas a dicha legislación, tanto sus imperfecciones técnicas como sus problemas de fondo, que se refieren fundamentalmente al hecho que la creación de un mercado restringido disminuye la plusvalía económica de la riqueza indígena, y en definitiva es un factor coadyuvante de la pobreza de estos Pueblos.

### INTRODUCCION

La expresión «tierras indígenas» o más precisamente en la Novena Región de la Araucanía «tierras mapuches» ha sido empleada como un concepto de carácter histórico o antropológico, y que dice relación con el hábitat del Pueblo Mapuche, o también el territorio que es poseído o reivindicado por los mapuches. Sin embargo, a través del tiempo y de las distintas leyes que se han dictado en la República, la expresión «tierras indígenas» ha tenido diversos alcances, y generalmente no ha coincidido con el concepto histórico o antropológico.

Las leyes de radicación identificaron las tierras indígenas con las reducciones que se crearon entre fines del siglo XIX y principios del actual, amparadas por títulos de merced, en tanto las leyes de división de comunidades pretendían que a medida que se fueran cancelando los títulos de merced, las propiedades individuales que ocupaban su lugar serían consideradas como tierras bajo régimen común. Radicación y división se consideraron siempre como etapas de un proceso que debía llevar a que las tierras de los mapuches se rigieran por la legislación común<sup>1</sup>. Desde este punto de vista, para el legislador la propiedad indígena era un concepto jurídico que debía progresivamente desaparecer.

Hay que tener presente que el Código Civil chileno que, en general rige la propiedad raíz, tiene como principios rectores la autonomía de la voluntad y la libre circulación o comercialización de los bienes. Además en el Código Civil existe una clara preferencia de la propiedad individual por sobre la comunitaria, la cual se considera como un estado transitorio dentro del orden jurídico de los bienes. El régimen legal de las reducciones indígenas representaba en la práctica todo aquello que el legislador civil no deseaba: una muy restringida comercialización de la riqueza inmueble, poco espacio para la autonomía de la voluntad, y una indivisión (propiedad comunitaria) forzada, con un procedimiento de repartición siempre más engorroso que en la ley común.

\* Abogado, Profesor de Legislación Indígena, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco.

<sup>1</sup> "... Se optó por confeccionar un solo plano y un solo título por cada grupo radicado dejando para más adelante el reconocimiento de la propiedad individual de cada familia dentro de dichos grupos, constituidas por posesiones de hecho bien delimitadas de cada individuo mencionado en el título común ... (Jorge Pinto Aguirre, 1985, pág. 7.)

La ley 17.729 de 1972, en su primera redacción, trató de apartarse de las ideas individualistas que habían inspirado a las leyes anteriores, pero sus principios nunca llegaron a verse realmente aplicados<sup>2</sup>. Posteriormente, los decretos leyes número 2.568 y número 2.750 de 1979, que modificaron la anterior ley 17.729 casi por completo, impusieron en lo que antes fueron las reducciones indígenas, la propiedad privada individual, la que una vez constituida como tal, dejaba de ser indígena, transformando en diez años y para siempre la propiedad raíz de los mapuches.<sup>3</sup>

La ley 19.253, inspirada en el reconocimiento de los pueblos y las culturas indígenas, desea restablecer el concepto jurídico de «tierras indígenas», abarcando tanto las comunitarias como las individuales, y dándole un alcance mayor de lo que fueron las antiguas reducciones<sup>4</sup>. Se puede distinguir en la ley 19.253 tres objetivos principales, a saber:

- 1) establece nuevas normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y sus culturas, funda un nuevo estatuto jurídico para determinados bienes inmuebles,
- 2) establece un estatuto legal personal: la calidad de indígena, que tiene importancia para la celebración de algunos actos jurídicos;
- 3) crea un Servicio Público, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), al cual reviste de una serie de atribuciones respecto del establecimiento de derechos reales sobre esos bienes raíces y su eventual subdivisión.

### Reconocimiento y valoración de la cultura

El principio inspirador de la ley indígena es el reconocimiento y valoración de la cultura de los pueblos indígenas como riqueza de la nación chilena y preocupación del Estado<sup>5</sup>. El establecimiento de este principio se desprende del artículo 1º inciso 1º, e inciso final primera parte, y artículo 7 ambos incisos, normas todas de carácter general y cuyo destinatario es el Estado chileno.

*“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”*

*“Es deber de la sociedad en general, y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades...”*

*“El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener*

*y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”*

*“El Estado tiene el deber de proteger las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la nación chilena”*

Además de lo anterior, en el contexto de la ley existen diversas manifestaciones particulares de este principio, a saber: artículo 2 sobre la calidad personal de indígena; artículo 4 inciso 1º, sobre la posesión notoria del estado civil; artículo 8 sobre el delito falta de ofensa cultural; artículo 9 que establece la comunidad indígena como persona jurídica; artículo 19 inciso 1º que establece el derecho a ejercer en comunidad, actividades en los sitios sagrados o ceremoniales que sean de propiedad fiscal; artículo 26 que establecen las áreas de desarrollo indígena; título IV acerca de la cultura y educación indígena; título V acerca de la participación indígena y que establece las asociaciones indígenas que pueden tener objetivos educacionales y culturales; artículo 39, inciso 2º en sus letras a), b) e i), que señala como funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, promover el reconocimiento y respeto de las etnias indígenas, comunidades y personas, las culturas e idiomas indígenas, y velar por la preservación y difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias; artículo 54 inciso 1º, que establece la aplicación de la costumbre indígena en juicio; artículo 54 inciso final, que establece la obligación de los Tribunales de Justicia de contar con traductores de lengua materna; artículo 60 que reconoce los cacicados huinchas; artículo 63, sobre los distintos tipos de propiedad en las comunidades aimaras, atacameñas y demás del norte del país; artículo 66 que reconoce sistemas de vida, organización histórica, idioma, formas de trabajo y manifestaciones culturales autóctonas; artículo 71, que permite a las personas rapa nui anteponer el apellido materno al paterno, a solicitud de los padres, o rectificar la partida de nacimiento en el mismo sentido, etc.

### Valoración y Protección de la Riqueza Inmueble

El legislador plantea tanto en el contenido particular como general, la necesidad de mantener y ampliar la riqueza inmueble en manos de personas y comunidades indígenas. Se trata entonces, de otro de los principios inspiradores de la ley 19.253. Debe reconocerse, sin embargo, que esta importancia deriva no sólo del significado económico que tiene la tierra como elemento de producción y subsistencia, sino también del significado religioso o cultural de esta tierra, como elemento de identificación étnica e inspirador de su cosmovisión. El establecimiento de este principio se evidencia en el artículo 1º inciso 1º parte final e inciso 3º parte final

<sup>2</sup> “...recogiendo este sentir que expresa un modo esencial de vida (el proyecto de ley) no solo respeta la comunidad indígena, sino la favorece, posibilitando su verdadero desarrollo, como cuando por ejemplo establece las cooperativas indígenas. (Mensaje del Ejecutivo al Parlamento, sesión 39ª de 19 mayo 1971)”

<sup>3</sup> El tercer considerando del decreto ley 2.568 de 1979, señala que “la propiedad individual de la tierra es una “aspiración evidente” de los indígenas, y que la propiedad indígena “ha sido fuente de numerosos problemas y barrera para el progreso de este Pueblo”. Para una apreciación del proceso desde el punto de vista del servicio público que lo llevó a cabo, ver Pinto, *ob cit.*”

<sup>4</sup> El proyecto de ley de 1971 establecía también un concepto más amplio de “tierras indígenas”, incluyéndose los títulos de comarzo, las tierras expropiadas, y otras declaradas indígenas por el Instituto de Desarrollo Indígena, I.D.I., sin embargo, en la ley 17.729 solamente se consideraron tierras indígenas aquellas otorgadas a través de títulos de merced y gratuitos de dominio por las distintas leyes de radicación y división. (Mylene Valenzuela Reyes, pág. 145 y siguientes.)

<sup>5</sup> Es la más diametral diferencia con la ley vigente hasta 1993, el decreto ley 2.568 de 1979 que modificó la ley 17.729 de 1972. Sobre esta norma, Nancy Yañez comenta: “... el objetivo no fue sólo la división de la tierra ... sino de además eliminar todo reconocimiento de estos Pueblos; al respecto dispone el artículo 1º del decreto ley (2.568) que a contar de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces que ... las hijuelas resultantes de la división de reservas dejarán de considerarse indígenas e indígenas sus dueños y adjudicatarios ... norma que fue prontamente derogada por el D.L. 2750 ...” (Nancy Yañez Fuenzalida, 1990, pág. 147.)

“ ... siendo para ellos (los indígenas de Chile) la tierra el principal fundamento de su existencia y de su cultura ... ”

“ ... Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular ... proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación ”

Manifestaciones particulares de este principio las encontramos en el artículo 13, sobre prohibición de gravar y enajenar, y que permite la permuta; en el artículo 16, que impide la disgregación de las comunidades; en el párrafo II del título 2º, sobre el Fondo de Tierras y Aguas; en la letra c) del inciso 2º del artículo 23, que establece como uno de los objetivos del Fondo de Desarrollo, el financiar planes para la recuperación de la calidad de tierras degradadas o diversificar su uso y producción. En general, podemos decir que el legislador desea proteger las tierras que se encuentran en posesión de los indígenas, y luego ampliarlas, a través de las normas prohibitivas que analizaremos y a través del Fondo de Tierras.

Una de las críticas que se ha planteado históricamente a las sucesivas leyes indigenistas que ha dictado el Estado chileno se refiere al hecho que más que leyes de carácter cultural, son normas civiles que reglamentan el régimen jurídico de los inmuebles. Tales críticas, que se han formulado incluso a la ley 17.729 de 1972, y a la actual ley 19.253 de 1993, desconocen la importancia de la tierra como hábitat cultural desde la cosmovisión indígena.

### Concepto Jurídico de Tierra Indígena

Se trata de determinar cuales inmuebles tienen la calidad jurídica de tierras indígenas. Durante el período de discusión del proyecto de ley se habló de las “Tierras Ancestrales”, término comprensivo de todas aquellas tierras que el Estado chileno a través del derecho histórico y vigente ha reconocido en dominio a los indígenas.

Si bien este concepto no se definió en la ley, existe una manifestación del mismo en el artículo 12 n° 2, que habla de aquellas tierras “que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameños, quechuas, collas, kawashkar y yámana ...”

El contenido que tendrá la expresión “tierras indígenas”, que es fundamental para la correcta interpretación y aplicación de

la ley, está tratado en el artículo 12, que establece varias circunstancias que deben concurrir para la calificación jurídica de tales: tanto jurídicas como de hecho y tanto copulativas como disyuntivas.

«Son tierras indígenas: 1º Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos «

En el primer numerando, el artículo 12 se rescatan como tierras indígenas todas aquellas provenientes de títulos entregados por las diversas leyes que utilizó el Estado chileno, desde su creación, para entregar tierras a los indígenas, y se refiere casi exclusivamente al caso mapuche<sup>6</sup>.

Respecto de la expresión «*personas o comunidades indígenas*», es necesario remitirse a las definiciones que para cada voz da la propia ley en los artículos 2 y 9, respectivamente<sup>7</sup>.

Respecto de la expresión «*actualmente ocupan*», debe entenderse como un elemento de hecho que tiene relevancia jurídica, y de esa manera debe calificarse.

Específicamente, con la expresión “*actualmente*” se desea desligar del carácter de tierra indígena a aquellas, que no obstante haber sido indígenas en un comienzo, han pasado definitivamente a patrimonio de no indígenas<sup>8</sup>. Ello representa una novedad considerando que la anterior ley indígena, decreto ley 2.568 de 1979, que rigió hasta 1993, otorgaba el carácter de tierra indígena a determinadas tierras de acuerdo al título que las amparaba, independiente de si los indígenas hubiesen dejado de ser los titulares de los derechos reales.

Tratándose de la expresión «*propiedad o posesión*», si bien no distingue a qué posesión se refiere, regular o irregular, útil o inútil, debe entenderse como posesión inscrita. Debe analizarse en concordancia con el inciso penúltimo del artículo, que establece «*la propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley*»; vale decir, para ser consideradas en este carácter, deben los indígenas al menos tener la presunción de dominio<sup>9</sup>. Además, si el legislador hubiere querido referirse a la mera posesión material, lo habría dicho expresamente, tal como en las leyes de constitución de la propiedad austral, o en el decreto ley 2.695 de Bienes Nacionales<sup>10</sup>.

Respecto de la expresión «*provenientes de*» significa que pueden considerarse indígenas aún si el título remoto es uno de

<sup>6</sup> “mapuche” en sentido amplio, comprensivo de los indígenas peluñeches y huilliches.

<sup>7</sup> Representa una de las diferencias más importantes con la ley indígena vigente con anterioridad, en el artículo 3 inciso 1º de la ley 17729 modificada por el Decreto Ley 2.568, decía “se considerará indígena” a toda persona que posea derechos que emanen directa o indirectamente de alguno de los títulos mencionados en el artículo 1º, o la calidad de herederos de los que figuran o hayan debido figurar en ellos. No había ninguna consideración de carácter cultural, étnico o de autoidentificación, un concepto restringido en el cual solamente tenía importancia los derechos que pudieran detentarse sobre determinados títulos. A mayor abundamiento, un particular que hubiere comprado acciones y derechos de un radicado se le consideraba para esos efectos como “indígena”.

<sup>8</sup> En causa rol 1063 del Juzgado de Letras de Pucón, sobre Inscripción, en sentencia de septiembre de 1996, el Tribunal ordenó al Conservador de Bienes Raíces efectuar la inscripción de un predio a pesar del certificado de CONADI que decía que era tierra indígena, e incluso en el certificado de dominio vigente figuraba como titular una persona indígena. Entre otras razones, constaba de la escritura pública de compraventa de 11 de enero de 1993 ante la Notaría de Pucón, que antes de entrar en vigencia la ley, el indígena ya había hecho la entrega material del predio.

<sup>9</sup> La inscripción conservatoria no acredita el dominio sino la posesión, pero configura una presunción de dominio en favor de quien tiene la inscripción a su nombre.

<sup>10</sup> Ver decreto ley 2.695 de 1979, que establece normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad, en el inciso 3º del artículo 3º, que distingue la posesión material y legal, y en el artículo 4º en relación al artículo 925 del Código Civil, que habla de los hechos positivos de la posesión: corte de maderas, construcción de edificios, cerramientos.

los que menciona la ley, no siendo necesario que alguno de los títulos mencionados sea el antecedente inmediato de la propiedad<sup>11</sup>. Es menester hacer notar que para comprobar o descartar que alguno de los títulos no inmediatos o remotos corresponde a uno de los mencionados en la ley, en principio sería necesario hacer una revisión de todos los títulos. En consecuencia, existe la necesidad de una delimitación del ámbito de aplicación de la ley respecto de la calidad de los bienes raíces. Al señalarse que son tierras indígenas aquellas que “provenientes de” determinados títulos, implica un estudio en el tiempo hacia atrás hasta el título constitutivo.

El estudio de los títulos en cuanto a la expresión “provenientes de” a juicio del autor, debe detenerse en el título constitutivo, atendido que de existir instrumentos anteriores que amparaban el dominio, no serán el antecedente jurídico del título constitutivo del cual deriva o proviene el actual título que ampara la propiedad. Ello en la práctica exigiría un estudio muy acucioso y en ocasiones bastante complejo, que no siempre los Conservadores de Bienes Raíces, se encuentran en condiciones de efectuar, debido al hecho -entre otros factores- que la creación de nuevos conservadores implica en muchos casos que la historia de la propiedad se encuentran en dos o tres conservadores distintos<sup>12</sup>.

Atendido que en los primeros años de aplicación de la ley existió un desconocimiento de parte de los fedatarios acerca del alcance de la expresión “tierras indígenas”, y ante una solicitud de la Subdirección Nacional Sur de CONADI, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en Pleno de fecha 2 de mayo de 1996, dispuso instruir a los Conservadores de Bienes Raíces de su Jurisdicción, señalando que “ante cada caso en que la actuación requerida se refiera a tierras que pudieren tener la calidad de indígenas, requieran del Archivo de Tierras Indígenas una certificación y con su mérito procedan en consecuencia”<sup>13</sup>.

A través de estas tres expresiones: “actualmente ocupan”, “en propiedad o posesión” y “provenientes de” se desarrollan los requisitos legales para la calificación jurídica de tierra indígena; de ahí las distintas interpretaciones que han surgido acerca de estas ideas.

#### *a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823.*

Los títulos de comisario fueron títulos que el Estado chileno entregó a los indígenas huilliches principalmente en la actual provincia de Osorno, y perdieron vigencia con las leyes de constitución de la propiedad austral.

<sup>11</sup> Las letras a) y b) del numerando en comento mencionan títulos derivados de leyes dictadas durante el siglo pasado, por lo que obviamente no podría exigirse que fueran el antecedente inmediato del dominio o posesión, incluso es posible que un predio que haya dejado de ser tierra indígena, por estar en posesión e inscrito a nombre de un particular, vuelva a tener esa calidad si la adquiere un indígena.

<sup>12</sup> La comuna de Curarrehue, por ejemplo, de alta concentración mapuche, hasta 1965 le correspondía el Conservador de Lonquén, año en que se creó el Conservador de Villarrica, y desde 1990 pertenece a la Jurisdicción del funcionario de Pínoa.

<sup>13</sup> Ver Oficio n° 682 de 2 de mayo de 1996 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Subdirección Nacional Sur; Rol 62 - P - 96 de la Corte de Apelaciones de Temuco; y Oficio n° 2466 de la misma Ilustre Corte de 5 de junio de 1996. Un voto de minoría señaló que tal exigencia también debía hacerse a los Notarios.

<sup>14</sup> Los comisarios de naciones y los títulos de comisario fueron establecidos en la legislación española vigente para las colonias, contenidos en las Siete Partidas, Nueva y Novísima Recopilación, y Cédulas Reales, en ellos se delimitaba el terreno poseído por el o los beneficiarios, sin que se determinara con exactitud la real cabida y ubicación. Las tierras amparadas por estos títulos tuvieron diverso destino, la mayoría fueron ocupadas violenta o clandestinamente por personas no indígenas que posteriormente se revestía de legalidad mediante títulos de acciones y derechos que luego se inscribían en un incipiente registro de propiedad; en otro grupo de ellas se dio origen a 40 títulos de merced otorgados a partir del 30 de enero de 1906 por la Comisión Radicadora, (Sergio Currañan Santos, Lucy Catalán Marulones y Tatiana Poblete Castro, 1997, pág. 42 y 43).

<sup>15</sup> El mismo texto señalaba cual sería el criterio para considerar la posesión de los indígenas: “se reputarán como terrenos baldíos y por consiguiente, de propiedad del Estado, todos aquellos respecto de los cuales no se haya probado una posesión efectiva y continuada de un año por lo menos”. Con estos requisitos se desconocía la estructura económica de los mapuches, que eran grupos principalmente ganaderos y móviles, y por consiguiente se excluía del título de merced la mayor parte de la que poseían realmente, de ahí el nombre que estas reservas tomaron con posterioridad: las reducciones.

En lo medular, la norma mencionada disponía lo siguiente: “... cada uno de los intendentes de las provincias ... se instruya de los pueblos de indígenas que existan o hayan existido en su provincia. ... que se midan y tase las tierras sobrantes pertenecientes al Estado ... que lo actual poseído según ley por los indígenas se les declare en perpetua y segura propiedad ...”

En estricto orden, la disposición que señala la ley no consagra los títulos de comisarios, que eran instrumentos otorgados por funcionarios denominados “comisarios de naciones”, que servían desde la época colonial como intermediarios en las relaciones con los indígenas en tiempos de paz, y cuyas funciones se continuaron ejerciendo con posterioridad a la Independencia<sup>14</sup>.

En la actualidad podría tener importancia si personas o comunidades indígenas fueran los titulares de la posesión inscrita o la propiedad aunque la hubiesen adquirido a otro título, como la compraventa.

#### *b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de diciembre de 1866, de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883.*

Los títulos de merced son títulos en su gran mayoría comunitarios, extendidos a favor de los denominados primeros radicados, vale decir indígenas que reclamaron para sí determinadas porciones de terreno, en el período posterior a la ocupación de la Araucanía y hasta las primeras dos décadas de este siglo. En esa época los órganos que crearon las leyes ya comentadas, extendieron por espacio de varias décadas aproximadamente 3.000 títulos de merced principalmente en las actuales provincias de Cautín, Malleco, y Arauco<sup>15</sup>.

La ley de 4 de diciembre de 1866, “que dispone la fundación de poblaciones en el territorio de los indígenas y da normas para la enajenación de las propiedades de estos” en lo pertinente disponía que una Comisión de Ingenieros (tres ingenieros) designados por el Presidente de la República debía proceder a deslindar los terrenos pertenecientes a indígenas, y expedir un título de merced en favor del indígena o indígenas poseedores.

El procedimiento y criterios establecidos en esta ley subsistieron casi sin alteraciones hasta 1930, pero cambiaron los órganos encargados de ejecutarlo.

La ley de 4 de agosto de 1874, sobre “enajenación de terrenos situados en territorio araucano”, en lo pertinente decía que las funciones atribuidas a la Comisión de Ingenieros por la ley de 1866 serían desempeñadas por un Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción. Asimismo dispuso que los indígenas

que no probaren la posesión a que se refería la ley antes mencionada, se les consideraría como colonos para efectos de adjudicarles hijuelas, sin que estuvieran sujetos a las condiciones impuestas a los demás colonos.

La ley de 20 de enero de 1883 creó el organismo que llevó a cabo la mayor parte del proceso de radicación y otorgamiento de títulos de merced para las comunidades indígenas: La Comisión Radicadora de Indígenas. En su artículo 2º señaló que las funciones que las leyes anteriores otorgaban a la Comisión de Ingenieros y al Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, serían desempeñadas por un abogado y dos ingenieros, bajo los procedimientos de la ley de 4 de diciembre de 1866.<sup>16 17</sup>

En la actualidad aún se pueden encontrar títulos de merced vigentes, sea en su totalidad o parcialmente, o sea que el proceso de división se encuentra aún inconcluso. En este caso el título de dominio se halla en el denominado Conservador de la Propiedad Indígena, que se encuentra a cargo del Archivero General de Asuntos Indígenas, en la CONADI. La gran mayoría de los títulos de merced se cancelaron a través de las sucesivas leyes de división de comunidades indígenas.

*c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169 de 1927; ley N° 4.802 de 1930; decreto supremo N° 4.111 de 1931; ley N° 14.511 de 1961; y ley N° 17.729 de 1972 y sus modificaciones posteriores.*

Una vez concluido el período de radicación de los indígenas y de otorgamiento de los títulos de merced, el Estado inició una política tendiente a la división de los títulos comunitarios y su transformación en propiedades individuales, para lo cual se dictaron las leyes señaladas, las cuales se diferencian entre sí en aspectos de procedimiento y respecto del órgano judicial encargado del proceso. La gran mayoría de los títulos de merced se cancelaron y dividieron a través de estas leyes, principalmente durante la vigencia de los decretos ley número 2.568 y 2.750 (entre 1979 y 1993) que fueron modificaciones de la ley 17.729.

Respecto del alcance de esta letra c), se ha estimado que excede de los títulos que amparan las hijuelas resultantes de una división de comunidad indígena amparadas por títulos de merced,<sup>18</sup> sino que más bien se refiere a los inmuebles entregados a título gratuito en virtud de las normas de colonización indígena que también se contenían y cuyo destino eran los mapuches que, disconformes con la hijuela obtenida, o simplemente sin hijuela, renunciaban a sus derechos y emigraban para convertirse en colonos nacionales.<sup>19, 20</sup>

*d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas tales como, la ley N° 16.436 de 1966; decreto ley N° 1939 de 1977; y decreto ley N° 2695 de 1979.*

Esta letra agrupa todos los títulos emanados del Estado o sus organismos. El legislador no distingue si los títulos a que se refiere son solamente los gratuitos o también los onerosos, ya que el término "cesión" puede abarcar transferencias a uno u otro título. Aunque en la discusión de la ley se habló del concepto de Tierras Ancestrales, en el cual hay implícito un reconocimiento del dominio por parte del Estado, y no una simple compraventa (que desde el punto de vista histórico jurídico en nada se diferenciaría de la propiedad otorgada a un no indígena).

Además, las normas que se dan como ejemplo se refieren a títulos gratuitos. Por tales razones, en opinión del autor, en el número 1 letra d) solamente se comprenden los títulos gratuitos. En este orden de ideas, se debe relacionar la norma con la del artículo 12 número 4, que establece que son tierras indígenas "aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado". Tratando ambas disposiciones de los títulos de origen fiscal, no hay razón para suponer que una se refiera a títulos gratuitos y onerosos, y la otra solamente a los títulos gratuitos, habida consideración que diferencian su ámbito de aplicación respecto del período en el tiempo donde se ubica el título<sup>21</sup>. Resulta de toda lógica que en ambos casos el ámbito de aplicación sean los títulos gratuitos de origen estatal.

Además, se estima que el artículo 12 número 3º es la norma aplicable tanto para las tierras de origen estatal que los indígenas han adquirido a título oneroso, como para aquellos títulos que tienen un origen particular.

La enumeración de los textos legales no puede considerarse taxativa, luego cualquier norma sobre radicación de colonos también sirve de antecedente para calificar a la tierra de indígena, así como otras normas sobre saneamiento de la propiedad rústica<sup>22</sup>.

Finalmente, los títulos que se mencionan en la letra c) necesariamente deben haber sido otorgados a personas indígenas para que las tierras que amparan o ampararon puedan ser catalogadas de indígenas, aún si se ha transferido el dominio entre vivos o transmitido por causa de muerte. A esta conclusión se llega desde el momento que el legislador estima que se trata de

<sup>16</sup> La Comisión de Ingenieros de 1866 otorgó 45 títulos de merced sobre unas 2.000 has. Los órganos judiciales autorizados en 1874 concluyeron una labor que elevó el número de títulos de merced otorgados a 10 títulos de merced para indígenas o familias indígenas del sector de Angol. La Comisión Radicadora de 1883 otorgó 2.918 títulos de merced sobre 510.295 has.

<sup>17</sup> El criterio para hacer las radicaciones hasta 1912 fue por reducciones o agrupaciones familiares, en las denominadas Títulos de Comunidad, y a partir de ese año, individualmente o por familias, mediante Títulos Familiares, con el objeto de evitar las graves divergencias que se producían entre las numerosas familias forzadas a hacer vida en común, y quizás también porque se iba abriendo paso la idea de la división de las comunidades indígenas. (Pinto, op. cit. pág. 24 y siguientes)

<sup>18</sup> Esta misma norma impuso un límite de 300 has. a la Comisión Radicadora para otorgar los títulos de merced, de tal manera que si se excedía debía consultarse al Presidente de la República.

<sup>18</sup> De hecho tales tierras se encuentran en la letra b) que habla precisamente de las tierras amparadas por títulos de merced.

<sup>19</sup> En este sentido ver artículo 18 inciso 1º ley 4.169 de 1927; artículo 13 ley 4.802 de 1930; Además el decreto supremo n° 4.111 de 1931 estableció un título acerca de las radicaciones, a fin de otorgar títulos a los jefes de familia ocupantes de tierras fiscales disponibles, o radicar en tierras fiscales disponibles a los indígenas sin títulos de merced, que debieran restituir o ser desalojados de tierras particulares que ocupasen, las mismas normas se reiteran en los artículos 80 y siguientes de la ley N° 14.511 de 1961.

<sup>20</sup> En el mismo orden de ideas, y por una aplicación literal de la norma, se debe incluir dentro del alcance de la letra c) al artículo 25 de la ley 17.729, que se refiere a las divisiones que el Instituto de Desarrollo Agropecuario efectúe en predios rurales que la Corporación de la Reforma Agraria o su sucesora, la Oficina de Normalización Agraria, la Corporación de Fomento de la Producción, el Fisco o sus organismos, hubiesen acordado transferirle gratuitamente para ese preciso fin.

<sup>21</sup> La diferencia radica en que el artículo 12 n° 1 letra c) señala como verbo rector "ha usado" en cambio el artículo 12 n° 4 dice "reciban".

<sup>22</sup> Así por ejemplo el artículo 8º del decreto ley 2568, establecía un saneamiento de títulos que se aplicaba a los pequeños agricultores que se encuentran en las mismas circunstancias de hecho que las contempladas para los copropietarios de una reserva o comunidad indígena o sus ocupantes, que se encuentran en las regiones VIII y X.

formas que el Estado ha utilizado para “ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas”.

En consecuencia, razonando a contrario sensu, no podrán ser consideradas tierras indígenas si la cesión, regularización, entrega o asignación ha favorecido a particulares no indígenas, aunque un indígena lo adquiera con posterioridad.

Respecto de esta disposición de la letra c) en comento, especial consideración merece el decreto ley número 2.695 de 1979. Las diversas tesis que se han asumido respecto de la aplicación de la calidad de tierra indígena a los inmuebles amparados por títulos emanados de un procedimiento de regularización de acuerdo al decreto ley 2.695 de 1979 derivan del hecho que con anterioridad a la dictación de la ley indígena, dichos títulos no eran considerados indígenas<sup>23</sup> y por tanto no les afectaba la restricción de la ley 17.729.

## **Aplicación de la ley indígena a los títulos de Bienes Nacionales**

### **1) Supuesta regularización de la propiedad en consideración a su calidad de indígenas de los beneficiarios**

El primer caso se presentó durante los primeros tiempos de aplicación de la ley, en que se sostuvo que las tierras serían indígenas solamente cuando su título ha sido producto de una regularización en favor de indígenas en esa calidad, o cuando ha operado la regularización sobre antiguas tierras indígenas.

Sin embargo, no han existido programas de saneamiento que se hayan dirigido exclusivamente a beneficiar personas indígenas, sino que siempre se ha tomado como una ley de aplicación general.

Con todo, debemos tener presente que la regularización ha sido utilizada bastante en inmuebles que antiguamente fueron títulos indígenas comunitarios (títulos de comisario o de merced) y que la división o la sucesión por causa de muerte ha ido transformando; y de hecho la gran parte de los tierras indígenas que tienen esa calidad por estos títulos (de Bienes Nacionales) sobre todo en la comuna de Malleco, se encuentran en esa situación. Además, una interpretación restringida estaría más acorde con el concepto de “Tierras Ancestrales”

### **2) Supuesta aplicación retroactiva de la ley indígena**

Esta tesis, desarrollada por Francisco Javier Muñoz (1999)<sup>24</sup>, postula que sólo tendrían la calidad de tierra indígena aquellos bienes raíces que se adquirieran por regularización de la posesión con posterioridad a la ley número 19.253. Los bienes raíces que fueran adquiridos en virtud del decreto ley número 2.695 antes de entrar en vigencia la ley número 19.253 no serían tierras indígenas ley.

De acuerdo a esta postura, la expresión “actualmente ocupan” le estaría dando una aplicación retroactiva a la ley.

Según Muñoz, «ya sea que se siga la teoría clásica de los derechos adquiridos y meras expectativas, o la teoría de Paul Roubier, hacer aplicable la ley número 19.253 a aquellos inmuebles que a la fecha de su dictación ya se habían adquirido por la prescripción especial de un año del decreto ley número 2.695, importa en el hecho privar a los titulares del dominio de una de sus facultades esenciales como es la facultad de disposición, ya que ésta quedaría limitada a las condiciones de la nueva ley. Lo cierto es que el impedimento para enajenar un bien conforme la ley indígena es mucho más que una carga, y embaraza mucho más que el goce del dominio del bien raíz, importa una limitación legal de enajenar.”

“Por otro lado, el dominio así adquirido dejaría de ser un dominio pleno, pues se afectaría un derecho adquirido para su titular cual es poder disponer libremente de un inmueble, “a su arbitrio” como lo señala el Código Civil. La expresión “a su arbitrio” utilizada por el artículo 582 del Código Civil ha de ser entendida no en el sentido de “arbitrario” sino en el sentido de “pleno”. Un dominio que tiene condicionada su facultad de enajenar deja de ser pleno, es un dominio condicionado, limitado. Entenderlo de otro modo, sería relegar la facultad de disposición a la categoría de una mera expectativa, en la teoría clásica o una facultad legal no ejercitada, lo que es contrario a toda concepción del dominio. Incluso, el artículo 12 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes condiciona al imperio de una nueva, los goces y cargas de un dominio adquirido con anterioridad, pero no la enajenación, o disposición. Un dominio sin que el titular pueda enajenar libremente un bien, deja de ser dominio, se transforma en una facultad condicionada.”

“De acuerdo a la teoría de la situación jurídica, tampoco la nueva ley sería retroactiva, conclusión a la que se llega considerando que mientras la facultad de disposición no se ejerce el dominio sería una situación jurídica que está produciendo válidamente sus efectos, y siendo así, aplicar la nueva ley a inmuebles adquiridos con anterioridad a su vigencia por el decreto ley número 2.695 sólo significaría aplicarla a los efectos de esta situación jurídica (facultad de disposición del dominio) dado que una ley es retroactiva cuando afecta situaciones jurídicas legalmente constituidas o extinguidas para su titular, y el dominio permanecería invulnerable bajo esta nueva ley”

“Si se tiene presente que quien adquiere el dominio de un bien raíz en virtud de un procedimiento de saneamiento que supone posesión material continua e ininterrumpida por cinco años (mera expectativa mientras no se complete el plazo de posesión) y que perfecto el título, se le exige una nueva posesión, esta vez inscrita, de un año (mera expectativa mientras el plazo no está completo) en todos estos casos sí sería aplicable la ley número 19.253 porque el dominio no estaría constituido, y en el fondo el prescribiente tendría una mera expectativa (artículo 13 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes). Sin embargo, si el plazo de posesión inscrita está completo, y por ende, si ya se adquirió el dominio por prescripción,

<sup>23</sup> Ver artículo 8° del decreto ley 2.695 de 1979.

<sup>24</sup> Abogado, Profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica de Temuco.

pretender afectar ese dominio por una ley posterior es una ley que transforma una propiedad en indígena con limitaciones de la facultad de enajenar es una ley retroactiva desde todo punto de vista.”

“Si se acepta que, en esta parte la ley número 19.253 con la expresión “actualmente ocupan” hace aplicable sus normas a los inmuebles adquiridos en virtud del decreto ley número 2.695 de 1979 con anterioridad a su vigencia, parece que en esa parte la ley es inconstitucional, haciendo procedente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”

“Por otro lado, lo anterior desdibuja la seguridad o certeza jurídica como principio general del Derecho, al permitir que un dominio pleno se transforme en un dominio “indígena” sin la voluntad de su dueño.”<sup>25</sup>

Sin embargo, y contra la opinión de Muñoz, a todos aquellos contratos que se celebren bajo la vigencia de la actual ley número 19.253, les será aplicable el artículo 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, vale decir se entienden incorporadas al contrato las leyes vigentes al momento de su celebración<sup>26</sup>.

Aunque la adquisición del predio fuera hecha con anterioridad a la promulgación de la ley indígena 19.253, si el acto jurídico que se pretende inscribir fue efectuado durante la vigencia de la misma, no hay aplicación de la ley indígena con efecto retroactivo, sino que se le está dando aplicación precisamente para lo futuro. En verdad la ley indígena solamente está estableciendo un nuevo estatuto jurídico para determinados inmuebles, siendo perfectamente posible para el titular usar, gozar y disponer de su propiedad, debiendo sujetarse, no solamente a las restricciones de la ley indígena, sino también de otras normas que pudieren serle aplicables<sup>27</sup>.

### 3) Supuesto vacío legal respecto de la sucesión por causa de muerte

Se ha pretendido restar el carácter indígena de un inmueble, cuando ha pasado a sucesión con anterioridad a la ley 19.253, ya que el artículo 12 no habla del modo de adquirir sucesión por causa de muerte<sup>28</sup>. A juicio del autor esta postura tampoco tiene asidero, ya que el artículo 12 menciona en general títulos provenientes de las leyes que indica, y en tales casos específicamente será el título de dominio, por ejemplo, la sen-

tencia judicial pronunciada en la división de una comunidad indígena, o un acto administrativo, si se trata de una regularización de dominio o la concesión de un terreno fiscal. La sucesión por causa de muerte es en verdad un modo de adquirir, no un título. Si llevamos ese orden de ideas a un extremo, en el caso que un indígena transfiera un terreno a otro, el título obviamente será la compraventa por escritura pública, y el modo de adquirir la tradición, que tampoco está mencionado en el artículo 12 en comento, por lo tanto de aceptarse esta postura, llegaremos al absurdo que, a objeto de burlar la ley, solamente habría que hacer una enajenación entre vivos para que el bien raíz perdiera la calidad de indígena.

Pretender que la ley indígena podría tener un problema de retroactividad en este aspecto, sería darle a la norma específica que rige la materia, ley sobre efecto retroactivo de las leyes, un alcance que no está en su letra ni en su espíritu. Lo que se desea es aplicar, ya no la ley vigente al momento de la celebración del contrato, sino la ley vigente al momento de la adquisición del bien raíz.

### 4) Incidencia del carácter no indígena del título anterior al saneamiento.

Una última cuestión se ha suscitado respecto de las tierras regularizadas a través del decreto ley 2.695 de 1979, y se refiere a la calidad indígena o no indígena del título que precede al saneamiento, y que se puede comprender al título que es cancelado por el saneamiento.

Así el Juzgado de Letras de Lautaro, en sentencia de 22 de enero de 1997, declaró el carácter no indígena de un inmueble inscrito a nombre de una persona mapuche y adquirido a través de una resolución de la SEREMI de Bienes Nacionales, atendida la calidad de no indígena del propietario anterior<sup>29</sup>.

### 5) Aplicación del concepto de “Tierras Ancestrales”

Una interpretación literal de la norma en comento llevaría a la conclusión que todas las tierras que los indígenas regularicen a través del decreto ley número 2695 de 1979 o hayan regularizado a través de ese decreto ley, tienen la calidad de indígenas y por lo tanto se incorporan al mercado restringido de tierras. El concepto jurídico de tierras indígenas descansa sobre el

<sup>25</sup> Un voto de minoría del Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco don Héctor Toro Carrasco, en sentencia de 23 de abril de 1999 recaída en el rol ingreso de Corte 303-98 sobre inscripción, señala: «la ley, en términos generales, sólo rige para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo, según previene el artículo 9 del código civil; y que en el caso que nos ocupa, la norma del artículo 12 sólo se puede referir a casos en que se haya dispuesto el saneamiento a contar desde la vigencia de la ley; si nos atenemos a otras leyes para interpretar el sentido de la norma del artículo 12 antes citado, sobre todo si estimamos que el procedimiento de saneamiento le ha dado al titular del derecho... el pleno dominio o propiedad sobre el inmueble, lo que conforme a nuestro ordenamiento jurídico resulta inmutable ante la ley sin previa indemnización».

En el mismo sentido, ver causa rol 1.135 del Juzgado de Letras de Pucón, que en lo medular aplica el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República, que establece que nadie puede ser privado del derecho de propiedad o de sus facultades esenciales, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general, calificado por el legislador.

<sup>26</sup> Así por ejemplo, el decreto ley número 3.516 estableció una limitación a la división de los predios rústicos respecto de su superficie, lo que implica una limitación a la facultad de disposición, en cuanto a la enajenación por lotes. Esta norma ha sido aplicada también a los inmuebles adquiridos por sus propietarios con anterioridad a la vigencia del decreto ley, sin que hasta el momento, se la haya tildado de “inconstitucional”.

<sup>27</sup> El voto de mayoría en causa rol ingreso de Corte 303-98 señaló: «La norma en estudio no afecta el derecho de dominio en su esencia, sólo determina cargas y efectos, caso en el que según previene el artículo 12 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, rige la nueva ley... al disponer la ley 19.253 en su artículo 13, protecciones, resguardos, garantías y condiciones en cuanto a su disposición, sin abrogar o privar de ninguna de las facultades que otorga el dominio al indígena o comunidad indígena, deja en los respectivos patrimonio todas las facultades del derecho real de dominio, pues ninguna de ellas se radica en otro u otros, sin que exista así privación del derecho, sino sólo se ha regulado sobre «sus goces y cargas» y en lo tocante a su extinción pues la tradición del derecho de dominio, en este caso invariablemente regulada, exige el derecho para el antiguo titular como lo contempla la norma sobre efecto retroactivo».

<sup>28</sup> Causa rol 1.119 Juzgado de Letras de Pucón sobre inscripción, caratulada “Cristina Vidal y otro”.

<sup>29</sup> Ver causa rol 29.437 del Juzgado de Letras de Lautaro, sobre reivindicación caratulada “Huaquilao con Espinoza”, señala en una de sus partes medulares: “... que la prueba testimonial de la demandada acredita los hechos, situaciones y antecedentes... en orden a demostrar el carácter no indígena del predio disputado, como quiera que el demandante, en 1972, en parte importante, lo adquirió de don Arnoldo Klages, amén que varios vecinos, ubicados en el mismo sector, tampoco lo son (indígenas)... también corroboraron, en lo relativo al carácter no indígena del predio ya indicado, el hecho de haber sido gravado e hipotecado en favor del Banco del Estado de Chile...”.

Discrepamos de la opinión judicial atendida que los títulos de Bienes Nacionales son constitutivos, por lo que su único antecedente es la resolución administrativa, no correspondiendo buscar el carácter del título del anterior propietario.

El considerando reproducido fue eliminado por la Corte de Apelaciones de Temuco, la cual no obstante mantuvo la sentencia en la apelación que llevó el ingreso 268-97. La Ilustre Corte razonó que la calidad de indígena del vendedor no constaba en el contrato, lo cual era indispensable para declarar la nulidad absoluta de oficio, opinión respecto de la cual también discrepamos, puesto que de acuerdo al artículo 2 de la ley 19.253 son indígenas las personas que posean al menos un apellido indígena, circunstancia que fluye de la sola lectura del contrato impugnado, celebrado por el demandante, de apellidos Huaquilao Huilcamín.

concepto histórico y antropológico de tierras ancestrales. El saneamiento a través de Bienes Nacionales ha sido un procedimiento de aplicación general, que por lo tanto podría incorporar a tal mercado restringido una cantidad de inmuebles que nunca con anterioridad tuvieron la calidad legal de indígenas. Se podría llegar a afirmar incluso, que la ley indígena tiene un ámbito de aplicación restringido o especial respecto del territorio, lo cual se deduce de la mención de los títulos del artículo 12.

Las interpretaciones que se han señalado tiene como común elemento propender a una aplicación restrictiva de la ley indígena a los títulos de Bienes Nacionales.

Si consideramos que las tierras ancestrales son aquellas respecto de las cuales el Estado chileno a través del derecho histórico y vigente ha otorgado o reconocido derechos en favor de los indígenas, necesariamente debemos restringir la aplicación de la ley número 19.253 respecto de los inmuebles amparados por títulos de Bienes Nacionales, e incorporar el concepto de tierras ancestrales como un elemento de la norma, que se infiere del texto en su conjunto y del espíritu de la ley.

*e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020 de 1962; y N° 16.640 de 1967, ubicadas en las regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación.*

Se trata de los asignatarios de parcelas en virtud de las leyes de Reforma Agraria<sup>30</sup>. La calidad de tierra indígena no la tienen por el solo ministerio de la ley, como ocurre en los casos anteriores, sino que se hace necesaria la intervención de la CONADI para calificar que hay una agrupación indígena homogénea. No será tierra indígena la parcela de una persona indígena en forma aislada.

Existieron casos en que se utilizaron las leyes de la reforma agraria para ampliar las tierras de las comunidades indígenas, y por lo tanto en esos casos los parceleros constituirán agrupaciones indígenas de carácter homogéneo<sup>31</sup>.

Además, tal calidad jurídica de tierra indígena debe acreditarse de acuerdo al artículo 15 inciso 1°.

*2° Aquellos que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimarás, rapa nui o pascuenses, atacameños, quechuas, collas, kawaskhar y yámanas, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.*

Se trata de tierras que no derivan de los títulos señalados en el numerando 1°, por ejemplo, de títulos fiscales onerosos, de compraventas a particulares etc.

Aquí cobra importancia la voluntad de los titulares de los derechos, en torno a que manifiestan su consentimiento para que sus tierras queden sometidas a la legislación especial. ¿A la voluntad de quién se refiere el legislador?

El legislador habla de «comunidades o indígenas titulares de la propiedad», pero también dice «siempre que sus derechos sean inscritos» ¿Qué ocurre si el titular de la propiedad es una sucesión hereditaria? ¿Pueden inscribirse las cuotas sobre el bien raíz?

Atendido el hecho que en una eventual partición de la propiedad los efectos declarativos se radicarán sobre el lote producido de la hijuelación, vale decir, unos lotes podrán ser considerados indígenas y otros no, se concluye que es perfectamente posible inscribir la cuota sobre un bien raíz. En cuanto al bien raíz como cuerpo cierto, en principio será *necesaria la voluntad* de todos los que conformen la comunidad hereditaria para proceder a la inscripción en el registro de tierras. Con todo, será interesante saber cual será en definitiva el criterio del Servicio Público, ante las solicitudes que en concreto se le presenten.

El otro elemento que contiene este artículo, es que la ocupación y posesión histórica por parte de las comunidades o personas indígenas, debe calificarse por la propia CONADI al serle presentada la solicitud de inscripción, y donde cobra importancia el concepto de las tierras ancestrales.

La calidad de indígena se acredita de la forma que dice el artículo 15 de la ley, vale decir, no se trata de tierras que tengan la calidad de indígenas por el solo ministerio de la ley

*3° Aquellas que, proveniente de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren en lo futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.*

Se refiere a las tierras litigiosas donde la parte indígena funda su derecho en alguno de los títulos expresados en el número 1°, y que en definitiva los Tribunales declaren el derecho en favor del indígena. Debió hacerse referencia solamente al número 1°, puesto que en los casos del numerando 2°, es indispensable la voluntariedad, más que la declaración de la Justicia.

La inclusión de esta disposición no significa un aporte al contenido del concepto de tierras indígenas. Lo cierto es que atendido que la sentencia del Tribunal producirá un efecto declarativo, el bien raíz en cuestión igualmente deberá considerarse como tierra indígena, de acuerdo a lo dispuesto en numerando 1° del artículo 12.

*4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado.*

El legislador de esta manera expresa su voluntad que las tierras que a futuro se asignen a los indígenas tengan la calidad de tales, con lo cual se complementa lo dispuesto en el numerando 1°.

Pertencen a la categoría de tierras indígenas de acuerdo a este numerando 4° del artículo 12, los inmuebles asignados a personas rapa nui de acuerdo al procedimiento del decreto ley número 2.885 de 1979, por la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, que se crea en el artículo VIII párrafo 3°.

“Para los efectos de la constitución del dominio en relación a los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense poseedores de tierras, la Comisión actuará en conformidad a las disposiciones de los artículos 7°, 8° y 9° del decreto ley número 2.885 de 1979 ...”

<sup>30</sup> El primer antecedente de esta norma lo encontramos en el proyecto de ley enviado al Congreso en 1971, ver Milene Valenzuela Reyes, op cit, pág 145

<sup>31</sup> La ley 16.640 de la Reforma Agraria en su artículo 159 establecía normas acerca de las postulaciones de las comunidades indígenas, además, en 1972 se suscribió un acuerdo entre la Corporación de la Reforma Agraria y la Dirección de Asuntos Indígenas, denominado convenio CORA DASIN, para ampliar las superficies de algunas comunidades.

“La Comisión podrá, en relación a los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense no poseedores de tierras, estudiar y proponer al Ministerio de Bienes Nacionales la entrega gratuita de tierras fiscales en dominio ... privilegiando en todo caso el dominio de las zonas urbanas, y demás formas de tenencia en las áreas rurales ...”

“... las tierras asignadas a personas de la comunidad rapa nui o pascuense en virtud de textos legales anteriores a la presente ley, cuanto las que se asignen de conformidad a este párrafo, se considerarán tierras indígenas de aquellas contempladas en el N° 4 del artículo 12 ...”

Por lo tanto, también pertenecen a esta categoría las tierras asignadas por la Comisión Radicadora de Isla de Pascua, creada por mismo decreto ley 2.885 de 1979, predecesora de la actual Comisión de Desarrollo, y las asignadas de acuerdo a la ley 16.411, y a través de otros textos legales de aquellos que se mencionan en el artículo 12 número 1 letra d).

### Los Titulares de la Propiedad Indígena

El artículo 12, que determina el ámbito de aplicación del estatuto jurídico de las tierras indígenas, se cierra con un inciso que, si bien y además de ser una norma jurídica positiva propiamente tal, es un elemento que informa toda la categoría jurídica de tierras, que fija el espíritu de la ley, y que es un elemento indispensable de interpretación del resto de normas que reglan estos inmuebles. De su contenido se puede concluir un principio jurídico propio de esta legislación: “sólo los indígenas pueden ser dueños de tierras indígenas”.

Este principio permite resolver, por ejemplo, el tema de la transferencia de porción conyugal o derechos hereditarios o que recaen sobre bienes inmuebles que tienen la calidad de tierra indígena.

La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena, definida por esta ley.

¿ Pueden ser titulares de tierra indígena las asociaciones indígenas ?

La duda surge porque el artículo 13 señala que pueden enajenarse, embargarse, gravarse y adquirirse por prescripción “entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia”. Las mismas expresiones utilizan en el artículo 12 inciso 1° n° 3.

Al hablar de “personas indígenas” no especifica si se refiere a personas naturales o jurídicas, y atendido que las asociaciones son personas jurídicas regidas por la ley indígena, al igual que las comunidades, por lo cual, desde este punto de vista, no habría inconveniente para que estas personas jurídicas indígenas pudieran adquirir el dominio de tierras indígenas.

Sin embargo, forzosamente debemos concluir que la ley se refiere a las personas naturales y a las personas jurídicas comunidades indígenas, excluyendo a las asociaciones indígenas. El propio artículo 13 incisos 3° y 4°, distingue entre tierras indígenas pertenecientes a personas naturales indígenas, y aquellas pertenecientes a comunidades indígenas.

Además, la ley ha sido categórica al señalar en el artículo 12 que las tierras indígenas pueden tener como titulares solamente a “personas naturales indígenas” y “comunidad indígena definida por esta ley”.

### Exención de Pago de Impuesto Territorial

Las tierras indígenas están exentas del pago de contribuciones territoriales.

La ley 17.729, establecía igual exención para las hijuelas resultantes de las divisiones de las comunidades, efectuadas entre 1979 y 1993, que dicho sea de paso, son la mayoría de las tierras indígenas de la provincia de Cautín, y parte importante en Malleco.

La exención en la práctica no se produce de pleno Derecho, sino que es necesario un trámite ante la autoridad tributaria. Ello tiene lugar con las tierras indígenas derivadas de otros títulos (por ejemplo, de acuerdo al decreto ley 2.695, y principalmente en Malleco, por las leyes de división de los años 1927, 1931 y 1961) las cuales con anterioridad pagaban contribuciones.

### Normas Prohibitivas e Imperativas

Las leyes prohibitivas contienen el mandato de no hacer algo, y no lo permiten en ninguna circunstancia. Para que una disposición sea prohibitiva el acto no debe poder realizarse bajo ningún aspecto ni bajo ninguna circunstancia. Si la ley autoriza o permite realizar el acto en determinadas condiciones no es prohibitiva sino imperativa<sup>32</sup> Respecto de la sanción a las normas prohibitivas, se contiene en el artículo 10 del Código Civil: “*los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención*”

A este respecto la ley indígena 19.253 ha establecido normas cuya contravención o inobservancia acarrea, de acuerdo a las normas civiles de aplicación general, la nulidad.

*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.*

Lo anterior se debe concordar con lo dispuesto en el artículo 1681 del Código Civil: “... *es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie, y la calidad o estado de las partes*”.

Las nulidades civiles de los actos jurídicos en general pueden ser absolutas o relativas.

La contravención o inobservancia del artículo 13 de la ley indígena acarrea la nulidad absoluta, por disposición del artículo 1683 del Código Civil: “... *la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en relación a la naturaleza de ellos ... son nulidades absolutas*”.

<sup>32</sup> Carlos Ducéi Claro, 1980, pág. 71 a 76.

En el caso que nos ocupa, la ley prescribe que la enajenación de las tierras indígenas requiere que el adquirente tenga la calidad personal de indígena. La voluntad del legislador es restringir la circulación de los bienes inmuebles denominados tierras indígenas a las personas que tienen la calidad de indígenas, y aún dentro de los indígenas de una misma etnia.<sup>33</sup>

La expresión «no podrán ser enajenadas» se debe entender en un sentido amplio, ya no solamente respecto de la transferencia en dominio, sino de la constitución de cualquier derecho real sobre las tierras indígenas, lo que queda claro al decir embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción.

El espíritu del legislador debe entenderse en una experiencia de muchas leyes anteriores que perseguían los mismos fines y cuyas normas prohibitivas eran siempre burladas, utilizando herramientas jurídicas como por ejemplo el juicio ejecutivo cuyo objetivo era obtener el remate de tierras indígenas, por deudas cuyo origen era ciertamente dudoso en la mayoría de las ocasiones.<sup>34</sup> Respecto de la eventual garantía que podría constituirse sobre estos inmuebles, debe entenderse que no se está pensando en los Bancos y en operaciones de crédito hipotecario, sino en deudas supuestas y en especuladores de tierras. La hipoteca está expresamente reglada en otro inciso del mismo artículo.

Nuevamente debe relacionarse esta norma con el inciso penúltimo del artículo 12: “La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena, definida por esta ley.” Estas normas forman un todo coherente con lo dispuesto en los incisos antepenúltimo y penúltimo primera parte del artículo 13, que restringen las posibilidades de conferir a terceros no indígenas las facultades inherentes al dominio.

*“Igualmente, las tierras cuyos titulares sean comunidades indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.”*

*“Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años”*

La razón de hacer mención a las facultades del dominio y a la administración es que en el pasado también hubo normas que restringían la venta de tierras indígenas a los no indígenas, pero eran frecuentemente burladas a través de figuras jurídicas como los «arrendamientos a noventa y nueve años», los «mandatos irrevocables» etc.

¿Qué se debe entender por “comunidades indígenas”?

Si bien el concepto “comunidad indígena” puede tener varias

acepciones, así por ejemplo desde el punto de vista antropológico, y más aún, el concepto “comunidad” en el derecho civil es sinónimo de múltiples propietarios, debe remitirse a la definición que da el artículo 9 de esta ley, vale decir, la propiedad individual cuyo titular es la *persona jurídica denominada “comunidad indígena”*

¿Se pueden comprar derechos y acciones en una sucesión de una persona indígena?

La disposición de los derechos que le corresponden a los sucesores a título singular o universal, sea a título de cuota hereditaria o porción conyugal, es distinta de la transferencia de los bienes raíces que conforman la masa. Por consiguiente no hay nulidad en la venta de derechos hereditarios en la sucesión de una persona indígena, aún cuando existan bienes inmuebles en la masa de la herencia que tengan la calidad de tierra indígena, luego puede inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces el auto de posesión efectiva a nombre de un comprador no indígena. El conflicto se produce al momento de practicar la inscripción especial de herencia, por cuanto se está produciendo la adquisición del dominio por un no indígena.

La ley 17.729 y sus modificaciones, artículo 26, solamente hablaba de la enajenación de las hijuelas, y se interpretó en sentido que la prohibición no alcanzaba la venta de derechos hereditarios o porción conyugal, aunque los no indígenas pudiesen adquirir los inmuebles como herederos.<sup>35</sup>

Sin embargo, en la actualidad además de prohibirse la enajenación de los inmuebles, se señala que solamente los indígenas (sean ellos personas o comunidades) pueden ser titulares de la propiedad de las tierras indígenas, lo que también constituye por cierto una norma imperativa. Si solamente los indígenas pueden ser titulares de tierra indígena, entonces la adquisición de la calidad de heredero no es título suficiente que habilite para adquirir el dominio de un inmueble con tal carácter, aunque la cesión de derechos en sí no adolezca de nulidad. Vale decir, la adquisición de tierra indígena por un no indígena, a cualquier título, adolece de nulidad absoluta, por contravenir la disposición imperativa del artículo 12 inciso penúltimo.

¿Cómo se puede acreditar la calidad de la persona del comprador, en la venta de tierras indígenas?

Atendido que la calidad de indígena se acredita por el apellido fundamentalmente, bastará que el comprador tenga al menos un apellido indígena. En la eventualidad que tenga apellidos castellanos o no indígenas, bastará insertar en el instrumento que sirva de título traslativo, el certificado de nacimiento donde figure que su padre o madre o ambos, tienen apellidos indi-

<sup>33</sup> Acerca de las restricciones en anteriores leyes indígenas, ver Arturo Alessandri Besa, 1949

<sup>34</sup> Para una visión crítica de las normas restrictivas, ver Andrés Vera Schneider, 1998.

<sup>35</sup> En este sentido, en sentencia de 23 de marzo de 1998, en causa rol 2306 del Juzgado de Letras de Pucón, sobre nulidad de un contrato de cesión de derechos hereditarios a una persona no indígena, en la sucesión de un indígena, celebrado con fecha 31 de marzo de 1987 en la Notaría de Villarrica: “siendo las normas analizadas prohibitivas deben analizarse en forma restrictiva y no en forma amplia, por lo que si el legislador habla de enajenación de bienes raíces y no de derechos hereditarios, no se puede extender la prohibición a la cesión de derechos hereditarios.”

genas.

La dificultad surge cuando los apellidos se han castellanizado varias generaciones hacia atrás, incluido el hecho que ya en la época de la radicación algunos caciques habían adoptado apellidos castellanos. Ello se ha podido salvar en ocasiones con la experiencia personal de los Notarios de las comunas, sobre todo en los casos señalados en que el cacique que encabezaba la comunidad tenía un apellido castellano<sup>36</sup>. Sin embargo de lo anterior, existen situaciones en que la certeza jurídica está puesta a prueba, y se hace difícil la observancia de la norma por notarios y conservadores. En tales situaciones al ser una norma prohibitiva, corresponderá al Conservador de Bienes Raíces abstenerse de hacer la inscripción y remitir los antecedentes al Juzgado de Letras, para que éste se pronuncie en definitiva, con los medios de prueba que aporten los interesados.

### Gravámenes de Tierras Indígenas

La posibilidad de gravar los inmuebles regidos por este texto legal se contempla en el inciso 2º del artículo 13:

*No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa - habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia.*

A este respecto la ley no hace diferencia entre las tierras indígenas individuales y las comunitarias, por lo cual debe entenderse que unas y otras pueden ser objeto de gravamen.

La autorización se materializa en una resolución exenta que, en el caso de la IX región, firma el Sub Director Nacional Sur de CONADI. En el organigrama de la CONADI existen dos sub direcciones, que tienen la representación judicial y extrajudicial de la Corporación en el ámbito de sus jurisdicciones: una con asiento en la ciudad de Iquique, para las regiones I y II, y otra con asiento en Temuco, para las regiones VIII, IX y X. En el caso de esta última, puede el Sub Director delegar algunas de sus facultades, como las establecidas en este artículo, en los Directores Regionales dentro del ámbito de sus respectivas jurisdicciones: una Dirección Regional con asiento en Cañete, para la VIII Región, y otra con asiento en Osorno, para la X Región.

Autorizar o no el gravamen es una facultad privativa de la CONADI, y si bien la ley no da criterios y no existe reglamento al respecto, se han dado ciertas constantes, y en su gran mayoría, se autorizan las hipotecas que caucionan créditos con el Banco del Estado de Chile. A través de esta norma se pueden

constituir derechos reales en favor de terceros no indígenas, pero no el dominio, por lo que en la eventualidad que un Banco desee hacerse pago de un crédito con la garantía hipotecaria, en las bases del remate deberá dejarse constancia que solamente los indígenas podrán hacer posturas.

Si bien esta norma responde al espíritu general de protección del patrimonio de los indígenas, como contrapartida los Bancos e Instituciones Financieras (a excepción del Banco del Estado de Chile) no están concediendo créditos hipotecarios con garantía de tierras indígenas, ya que, si bien en teoría se podría inscribir la hipoteca y prohibición en favor del Banco, en una eventual ejecución forzada solamente podrán presentarse postores indígenas. Lo anterior reduce el valor de tasación del bien raíz y lo hace insuficiente como garantía.

Respecto de la segunda parte del inciso, que se refiere a la casa habitación y el terreno indispensable para la subsistencia familiar, no hay normas rígidas respecto de qué se entiende por tales. Para dar cumplimiento a la exigencia legal, la CONADI ha adoptado varios criterios: en un comienzo, si la familia tenía más de una hijuela, se dejaba constancia de tal situación y se singularizaban ambas propiedades, así se reputaba que en uno de los inmuebles la familia tenía su casa habitación y el terreno indispensable para la subsistencia, por lo que nada impedía gravar en su totalidad la otra de las propiedades como cuerpo cierto. Sin embargo, recientemente se está exigiendo además que materialmente la casa habitación quede fuera del terreno gravado, independientemente si el indígena tiene más de una hijuela.

Cuando la familia indígena tiene solamente un inmueble, lo más correcto es dividir la hijuela en al menos dos lotes, sobre uno de los cuales se constituirá el gravamen, quedando desafectado el otro lote, donde se ubicará la casa habitación y el terreno indispensable para la subsistencia familiar.<sup>37</sup>

¿Qué actos jurídicos puede autorizar la CONADI de acuerdo al artículo 13 inciso 2º ?

De acuerdo a los artículos 31 y 32 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, corresponde inscribir en el registro de hipotecas y gravámenes, las hipotecas, censos, los derechos de usufructo, uso y habitación, las servidumbres y otros gravámenes semejantes.

En opinión del autor, tal enumeración corresponde a los actos jurídicos que la CONADI puede autorizar con la atribución que le otorga la disposición en comento.

¿ Puede la CONADI autorizar un embargo sobre tierras indígenas?

<sup>36</sup> Por ejemplo, comunidad José del Carmen Coloma en Temuco, comunidad Ignacio Elgueta en Nueva Imperial; comunidad Domingo Santibáñez en Puerto Saavedra; comunidad José María Avilés, en Pucón; comunidad Anastasio Morales, en Lautaro.

<sup>37</sup> La ley no dice qué debe entenderse por terreno necesario para la subsistencia de la familia indígena, vale decir, cuánta superficie debe tener el terreno necesario para la subsistencia de la familia indígena. En nuestra opinión, atendido el hecho que una eventual ejecución forzada implicaría la transferencia a un tercero, que en todo caso deberá ser indígena, se aplica la norma acerca de la indivisibilidad, es decir, tanto el lote que se entrega en garantía como el que se conserva sin gravamen deberán tener una superficie no inferior a tres hectáreas. Ello derivaría que, en la práctica, solamente podrían constituir gravamen los indígenas que poseerían lotes de 6 o más hectáreas y aquellos que tuviesen más de una hijuela.

Es necesario tener presente que de acuerdo al inciso 1º del artículo 13 señala que las tierras que se señalan no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción. De estas situaciones, el inciso segundo hace una excepción sólo en una de ellas, cual es la posibilidad del gravamen, luego el embargo queda fuera de las atribuciones de la CONADI.

¿ Corresponde a la CONADI autorizar la constitución de una prohibición voluntaria en favor de un tercero no indígena ?

La constitución de una prohibición voluntaria de enajenar no establece un derecho real sobre las tierras en comento, ni es un principio de enajenación de la propiedad en favor del tercero no indígena. La cláusula de no enajenar es una obligación personal de "no hacer" que no influye sino en las relaciones de las partes que la estipularon, y ni siquiera invalida el acto celebrado en su contravención. La sanción que trae aparejada es la de indemnizar los perjuicios si no puede deshacerse lo hecho, se produce el efecto de una obligación de no hacer, regida por el artículo 1.555 del Código Civil, porque tal sería el carácter de la prohibición voluntaria, y si se trata de un contrato bilateral, se aplica el artículo 1.489 del Código Civil, se resuelve el contrato que contiene la prohibición voluntaria por incumplimiento de las obligaciones contraídas, con indemnización de perjuicios.<sup>38</sup>

En consecuencia, la constitución de una prohibición voluntaria de gravar y enajenar no debe entenderse comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 13 inciso 1º de la ley indígena, por lo que tampoco puede corresponder a la CONADI concurrir autorizándola, sino que se rige por las reglas generales y a su respecto tiene plena aplicación la autonomía de la voluntad.

### Permuta por Tierras de no Indígenas

El inciso penúltimo del artículo 13 contempla un mecanismo que permite la transferencia en dominio de tierras indígenas, las cuales pierden por tal razón esa calidad. La autorización se materializa a través de una resolución exenta del Sub Director Nacional de CONADI. El ámbito de aplicación de la norma son solamente las tierras indígenas individuales.

*En todo caso éstas (tierras indígenas), con autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafiándose las primeras.*<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vidanovic H., 1992, pág. 164 y 165.

<sup>39</sup> De acuerdo al artículo 1897 del Código Civil la permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan recíprocamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro. La permutación se rige por las mismas disposiciones que la compraventa, según el artículo 1900 del mismo código, que señala que el dueño de la cosa que se da se considera vendedor, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que se paga por lo que se recibe en cambio.

<sup>40</sup> La suma de dinero en que se evalúa cada inmueble, deben guardar la relación que establece el Código Civil respecto del "justo precio", que la ley indígena llama "similar valor comercial", al momento de perfeccionarse la permuta. Es necesario tener presente que una vez adquirida por el particular, la que fue tierra indígena elevará sustancialmente su precio, a la inversa de lo que ocurrirá con el terreno adquirido por el indígena, y con seguridad va a no guardar entre sí la relación que establecen las normas en estudio. Ello debido a que el mercado de las tierras indígenas tiene un poder adquisitivo más reducido, lo que en definitiva, tiene importancia ante la eventualidad de una acción rescisoria por lesión enorme.

Una vez que se ha producido la tradición, el inmueble adquirido por el indígena continúa con la calidad jurídica especial de tierra indígena, en tanto el inmueble que adquiere el tercero pasa a ser regida por la legislación civil común, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 inciso penúltimo, vale decir, que las tierras indígenas siempre tienen como titulares a las personas y comunidades indígenas.

Durante la vigencia de la anterior ley indígena, la ley 17.729 modificada por los decretos ley número 2.568 y 2.750 de 1979, existió una norma similar, vale decir se prohibía enajenar las tierras resultantes de las divisiones de las antiguas reducciones, pero se permitía permutarlas por inmuebles. Aquella norma tuvo varios inconvenientes en la aplicación práctica, ya que se podían permutar hijuelas rurales por inmuebles urbanos, lo que permitió que se traspasaran ricos campos por lotes de escaso valor comercial, en operaciones comerciales que a la larga significaron un perjuicio económico para el indígena. Por esta razón en la actual ley indígena se optó por mantener la norma, pero sujeta a la fiscalización de CONADI y con requisitos.

¿ Qué se entiende por *similar valor comercial* ?

Ni la ley ni los reglamentos dicen qué debe entenderse por *similar valor comercial*, por lo que queda a criterio de la autoridad administrativa determinar si se cumple o no con tal requisito. En estos contratos los precios de una y otra cosa muy rara vez son idénticos, sino que casi siempre similares, ya que de existir una mayor desigualdad se transformará en una compraventa, que es un contrato distinto con una individualidad propia y que ya no estará amparado por la norma del inciso penúltimo del artículo 13 de la ley indígena.

Atendido que es de la esencia de la permutación la similitud en el monto de los valores de los predios permutados, y no la equivalencia exacta, nada obsta a que se produzcan diferencias a cancelarse en dinero, y como la ley indígena no da normas rígidas, creemos con que se acredite que el alcance que deba cancelarse en dinero efectivo no exceda del valor del suelo particular. En otras palabras, lo que corresponde a CONADI es fiscalizar que efectivamente se esté haciendo una permutación, y no una compraventa encubierta.<sup>40</sup>

De hecho al emplearse la oración "de similar valor comercial debidamente acreditado" la disposición legal está exigiendo que tal similitud debe acreditarse, para evitar que se burle la restricción a través de contratos simulados, donde se sobreprecie el predio particular, para así encubrir la compraventa a través de la figura de la permuta.

En cuanto a la relación que deben guardar los valores de uno y otro predio, debe estarse a lo señalado en la norma que rige la permuta, cual es el artículo 1.794 del Código Civil

*Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario*

Lo cierto es que la expresión “de similar valor comercial debidamente acreditado” debe tomarse como un solo requisito, y de la forma antes señalada,<sup>41</sup> y no como dos requisitos por separado, vale decir, por una parte similar valor comercial, y por la otra que se encuentre debidamente acreditado.

El procedimiento administrativo sobre autorización de solicitudes de permutas de tierras indígenas está establecido en la resolución exenta número 582 de fecha 30 de diciembre de 1997, de la Dirección Nacional que aprueba un instructivo interno. En este instructivo se establecen una serie de conceptos tales como interés particular, interés de la comunidad, interés social e interés nacional, debiendo primar uno u otro según la ubicación del terreno indígena o circunstancias que afecten la permuta. Además se establecen como requisitos generales para autorizar la permuta los siguientes:

- 1) Que el propietario sea persona indígena natural, ya que la permuta se encuentra prohibida para las tierras pertenecientes a comunidades.
- 2) La solicitud escrita del propietario indígena, y la autorización, también escrita, del cónyuge o mujer con la cual ha constituido familia.
- 3) La debida acreditación del similar valor comercial de las tierras a permutar.<sup>42</sup>
- 4) La superficie de la tierra que será permutada por tierra indígena deberá ser igual o superior, en ningún caso inferior.
- 5) Debe considerarse la significación cultural de las tierras permutadas
- 6) Debe considerarse la opinión de las organizaciones indígenas involucradas.
- 7) En la eventualidad de existir hipotecas, gravámenes, interdicciones, prohibiciones o litigios pendientes, no se podrá recibir a tramitación la solicitud.<sup>43</sup>

### Régimen Patrimonial en el Matrimonio

En cuanto al régimen patrimonial en el matrimonio indígena, o más bien dicho, a qué haber pertenece la tierra indígena, cuando existe tal sociedad conyugal -si al de la sociedad conyugal

o al de cada cónyuge- el legislador ha optado por colocarla dentro del haber de la sociedad conyugal. Ello se desprende del artículo 14, que establece otro requisito para la enajenación de la tierra indígena cuya inobservancia acarrea la nulidad.

*Tanto en las enajenaciones entre indígenas como en los gravámenes a que se refiere el artículo anterior, el titular de la propiedad deberá contar con la autorización establecida en el artículo 1.749 del Código Civil a menos que se haya pactado separación total de bienes y; en el caso de no existir matrimonio civil, deberá contar con la autorización de la mujer con la cual ha constituido familia. La omisión de este requisito acarreará la nulidad del acto.*

Por regla general, las tierras indígenas ingresan al haber de la sociedad conyugal, por lo tanto es necesario el consentimiento de la mujer para celebrar determinados contratos<sup>44</sup>. El artículo 1749 del Código Civil dice que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, pero sujeto a las restricciones que hubiesen podido voluntariamente imponerse a través de capitulaciones matrimoniales, y a las limitaciones que el legislador establece.

*El marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta. No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales... ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido. Si el marido se constituye aval, codeudor solidario u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios. En los casos del inciso anterior, para obligar los bienes sociales se necesitará la autorización de la mujer.*

El mismo artículo 1749 del Código Civil, en su penúltimo inciso, establece cuál será la forma de manifestar esta autorización, en tanto en el inciso final se contempla la autorización subsidiaria del Juez.

*La autorización de la mujer deberá ser específica y constar por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad (p.ej.: compraventa o constitución de derechos reales sobre inmuebles) o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en*

<sup>41</sup> La ley la expresa como una sola oración, sin una coma (,) que la separe como dos requisitos distintos.

<sup>42</sup> Según el artículo 7 inciso 2 del instructivo, “Por similar valor comercial debe entenderse aquel valor de mercado sujeto a oferta y demanda del momento en que se presenta la solicitud de permuta. Dentro de este concepto deben considerarse las aptitudes y potencialidades del inmueble a permutar, es decir, las características acordes más la plusvalía futura, de acuerdo a la influencia de factores externos predecibles”. A su turno, el artículo 14 del Instructivo señala “Con el objeto de determinar el verdadero valor comercial del predio indígena objeto de la solicitud y de aquel que recibirá a cambio, se deberá acompañar una tasación comercial de ambos inmuebles, la que deberá ser realizada por profesionales competentes e idóneos, sin dependencias de las partes, que cuenten con título profesional universitario de ingeniero agrónomo, ingeniero forestal u otro análogo”

<sup>43</sup> Las exigencias establecidas en el Instructivo se fundamentan, algunas en el texto legal, y otras en ejercicio de las funciones generales de la CONADI. Sin embargo, la Corporación excede sus atribuciones si establece nuevos requisitos distintos de los contenidos en el artículo 13 de la ley. En caso de fundamentar un rechazo a las solicitudes de permuta fundada en un requisito solamente establecido en tal Instructivo, podría caer en las sanciones que se establecen en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

<sup>44</sup> La ley se refiere a las enajenaciones entre indígenas y a los gravámenes, luego no se incluyen en la norma del artículo 14 las enajenaciones a no indígenas, vale decir, las permutas por tierras de no indígenas, que por lo tanto se registran por las reglas generales.

*todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso.*

*La autorización a que se refiere el presente artículo podrá ser suplida por el Juez, con conocimiento de causa y citación de la mujer, si esta se negare sin justo motivo. Podrá asimismo ser suplida por el Juez en caso de algún impedimento de la mujer, como el de menor edad, demencia, ausencia real o aparente u otro, y de la demora siguiere perjuicio. Pero no podrá suplirse dicha autorización si la mujer se opusiere a la donación de los bienes sociales.*

Respecto de la segunda parte del artículo 14 de la ley indígena, en caso de no existir matrimonio civil deberá contar con la autorización de la mujer con la cual ha constituido familia, en nuestra opinión debemos analizar si hay que distinguir o no respecto de la mujer con la cual tiene establecida una posesión notoria conyugal.

¿ A qué unión se está refiriendo el legislador?

Como una primera aproximación, podría señalarse que, el legislador estaría refiriéndose a las uniones o convivencia que constituyen una familia de acuerdo al derecho consuetudinario indígena, que es expresamente reconocido en el artículo 54 inciso 1º en concordancia con el artículo 7.

Sin embargo, en opinión del autor, el artículo 14 debió haberse remitido expresamente a la posesión notoria de estado civil, tal como lo hizo en el artículo 17 inciso penúltimo 1ª parte, que también se refiere a la constitución de un derecho real.

Además, la posición jurídica de la “mujer con la cual ha constituido familia” entra a tener importancia solamente a falta de matrimonio civil, por lo tanto esta situación especial del artículo 14 sería distinta de la posesión notoria de estado civil del artículo 4.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4, la posición notoria del estado civil de cónyuge, se considera título bastante para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos que conforme a las leyes comunes, emanen del matrimonio civil.

Por lo tanto, y tratándose de la remisión a una norma del Código Civil, debemos entender para todos los efectos legales, que el matrimonio reconocido a través de la posesión notoria, produce los mismos efectos jurídicos que el matrimonio civil.

Vale decir, la situación de la “mujer con la cual ha constituido familia” cobra relevancia ante la ausencia de matrimonio civil, concepto que también comprende las situaciones de posesión notoria.

No de otra manera podría interpretarse, la ley indígena consagrara desde este punto de vista dos tipos especiales de relaciones jurídicas de familia: una la de la posesión notoria de estado civil de cónyuge, y la otra, aquella del artículo 14, mujer con la cual ha constituido familia, las cuales ambas deben corresponder en principio a diversas situaciones de hecho.

Para los eventuales problemas de prueba se debe recurrir al artículo 4 inciso 1º parte final de la actual ley indígena, en concordancia con lo que dispone el Código Civil en general en materia de posesión notoria.

*Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director*

Se debe destacar que a este respecto, el inciso final del artículo 4 es coherente y complementa lo dispuesto en el artículo 14

*Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges.*

En el caso de pretender constituirse una garantía hipotecaria sobre tierras indígenas, será optativo para el respectivo Banco tener por acreditada la constitución de dicha familia a través de declaraciones juradas o de los certificados de nacimiento de los hijos

La ley indígena anterior, ley número 17.729 modificada por los decretos leyes número 2.568 y número 2.750 de 1979, no decía expresamente si las tierras resultantes de la división de las reservas pertenecían al haber propio de cada cónyuge o al haber de la sociedad conyugal. La Jurisprudencia durante la vigencia de la modificación de la ley 17.729, el Decreto Ley 2.568, que rigió entre 1979 hasta 1993, estableció que esas hijuelas pertenecían al haber propio del cónyuge propietario, y como consecuencia el marido podía vender sin el consentimiento de la mujer.<sup>45</sup>

Con todo, esta opinión está basada solamente en normas civiles comunes, puesto que la adjudicación se hacía por INDAP al marido en su calidad de jefe de familia. Además, la propia ley indígena, al referirse a la disolución del matrimonio y la liquidación de la sociedad conyugal, decía que debía entenderse que los bienes eran aportados por los cónyuges por iguales partes, a menos que constase que sólo uno los hubiese aportado, reglas que se leían precisamente en el título de las tierras indígenas.

Por esta razón la actual ley indígena reglamenta expresamente el tema del patrimonio.

<sup>45</sup> Ver sentencia definitiva de fecha 25 de noviembre de 1993 en causa rol 17.436 del 2º Juzgado Civil de Temuco, caratula “Loncomil con Jiménez” sobre nulidad de contrato

¿Qué ocurre si el marido ha constituido familia con otra mujer sin haber disuelto un matrimonio celebrado precedentemente?  
¿Se permite la bigamia bajo la vigencia de la actual ley indígena?

Bajo la vigencia de la antigua ley indígena la respuesta era claramente afirmativa, puesto que el artículo 4 de la ley 17.729 utilizaba términos como «sus mujeres» o «todas ellas». Sin embargo, en la actual redacción de la ley se excluyeron tales expresiones.<sup>46</sup>

Además, teniendo en consideración específicamente en el artículo 14, en una de las tesis planteadas, el reconocimiento del derecho que tiene la mujer con la cual se ha formado familia, o que tiene la posesión notoria del estado conyugal, podría llegar a afirmarse que depende de la no-existencia de un matrimonio civil, y la disyunción excluye la coexistencia de ambas situaciones, al menos para los efectos de esta norma, atendido lo cual podríamos deducir que en el espíritu de la ley no cabe la poligamia. Sin embargo, ya hemos señalado que respecto del artículo 14 y en concordancia con el artículo 4, la posesión notoria produce los mismos efectos jurídicos que el matrimonio civil.

En opinión del autor, la poligamia también se permite en el contexto de la ley actual, por el reconocimiento de las culturas indígenas que hace el artículo 7, en concordancia con el artículo 1 que consagra el respeto y la protección de la familia indígena.<sup>47</sup>

¿Qué clase de nulidad es la que establece el artículo 14?

De acuerdo a las reglas generales, la omisión de un requisito establecido en razón de la calidad de las personas acarrea la nulidad relativa del acto. Sin embargo, el legislador precisó que *la omisión de este requisito acarreará la nulidad del acto*, sin distinguir, por lo que en opinión del autor, se trata de nulidad absoluta, atendido el hecho que al precisar la sanción se aparta de las normas generales, que para este caso habría sido nulidad relativa, y reafirma el principio de especialidad.

¿A que patrimonio pertenece la tierra indígena amparada por un título de saneamiento de Bienes Nacionales a través del decreto ley 2.695 de 1979?

El número 12 del artículo único de la ley 19.455 publicada con fecha 25 de mayo de 1996, que modificó el decreto ley 2.695 de 1979, establece que la mujer casada se considerará separada

de bienes para los efectos de ejercitar los derechos que establece ese decreto ley a favor de los poseedores materiales y para todos los efectos legales referentes al bien objeto de la regularización. Vale decir el predio puede ser gravado o enajenado por la mujer casada sin que para ello se requiera la autorización o consentimiento del marido. Respecto de la aplicación de esta norma, atendido que el artículo 14 de la ley indígena solamente reitera la regla general en la materia, y que la norma de la ley 19.455 es de especial aplicación, y además de promulgación posterior a la ley indígena, podría llegar a sostenerse que en caso de conflicto prevalece el decreto ley 2.568 sobre saneamiento de la propiedad.

Sin embargo, en opinión del autor, atendido que la ley indígena tiene un ámbito de aplicación en cuanto a las personas y en cuanto a los inmuebles, más restringido que el decreto ley 2.695, el cual es norma especial frente al código civil, pero de aplicación general a todas las personas y a todo el territorio nacional, es la disposición de la ley 19.253 la que debe primar en la materia, por el principio de especialidad.

### Registro de Tierras Indígenas

La Comisión del Senado que estudió el proyecto de ley indígena, especificó que el espíritu de la ley contempla que todas las tierras indígenas sean inscritas<sup>48</sup>. El artículo 15 establece un registro público que debe abrir y conservar la CONADI, cuya función es la de acreditar la calidad de tierra indígena.<sup>49</sup>

*La Corporación abrirá y mantendrá un Registro Público de Tierras Indígenas. En este Registro se inscribirán todas las tierras a que alude el artículo 12 de esta ley. Su inscripción acreditará la calidad de tierra indígena. La Corporación podrá denegar esta inscripción por resolución fundada.*

La expresión «Su inscripción acreditará la calidad de tierra indígena» no es afortunada, máxime si dice «En este Registro se inscribirán todas las tierras a que alude el artículo 12 de esta ley» puesto que bien podría interpretarse que esta inscripción es la única forma de acreditar esa calidad, y por ende, la falta de este requisito hace inaplicable a los inmuebles en cuestión, el estatuto jurídico de tierras indígenas. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Temuco ha establecido la interpretación correcta, acogiendo la postura que las tierras indígenas tienen esa calidad por el solo ministerio de la ley, salvo en los casos del artículo 12 n° 1 letra e) y N° 2, en que expresamente se exige la inscripción en el Registro de Tierras.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> En el proyecto de ley, el inciso 3° del artículo 4° señalaba: "En cualquier litigio o juicio de partición se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a la mujer o a todos ellos por partes iguales, cuando fueren varios, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por uno de los conyuges." Registran las actas que la señora (María) Matheuda lo objetó, señalando en conclusión, que está redactado en una forma que resulta discriminatoria y despectiva hacia la mujer, a pesar de las explicaciones ofrecidas por el diputado Teodoro Ribera, quien argumentó que entre los mapuches no existe diferencia en cuanto a la distribución de los bienes rurales entre la mujer legítima y la que no lo es, entre los hijos legítimos y otros, no hay hijos naturales, todos concurren por iguales partes. (Viviana Castel Higuera, 1996, pág. 39 y siguientes).

<sup>47</sup> Debemos entender que la familia indígena se conforma de acuerdo a la costumbre jurídica de cada Pueblo, dentro de cuya idiosincrasia no existe un concepto como "separación de cuerpos" o "vínculo matrimonial no disuelto", pero si se contemplan y practican las segundas uniones. Respecto de la aceptación de la poligamia en la ley indígena, ver Elizabeth Barrios P., 1998.

<sup>48</sup> Carmona et al., op. cit. pág. 127.

<sup>49</sup> El Decreto Supremo n° 150 de 30 de mayo de 1994, del Ministerio de Planificación y Cooperación, fijó el reglamento sobre organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas, estableciendo los libros que se deben llevar, determinando las tierras indígenas que emanan de los títulos que se señalan, que deben registrarse, señalando las menciones que debe contener la inscripción.

Los Conservadores de Bienes Raíces deberían enviar al citado Registro, en el plazo de 30 días, copia de las inscripciones que realice y que recaigan sobre los actos y contratos a que alude el artículo 13 de esta ley. Sin embargo, no se ha dado cumplimiento a esta norma de manera cabal. En todo caso cabe señalar que, fuera de los casos de hijuelas resultantes de división de reservas, cuyo dueño sea una persona con apellido indígena, a veces resulta difícil distinguir cuáles son tierras indígenas y cuales no lo son o han dejado de serlo.

### Archivo General de Asuntos Indígenas

El artículo 30, ubicado en el título de la cultura y la educación, establece el Archivo General de Asuntos Indígenas, que es un registro distinto del Registro de Tierras Indígenas, dependiente del Archivo Nacional de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos.

La relación del Archivo con el Registro de Tierras aparece muy tenuemente esbozada en el inciso penúltimo del artículo<sup>50</sup>

*"El Archivo General de Asuntos Indígenas, a que se refiere el artículo 30, otorgará copia gratuita de los títulos de merced y comisarios para su inscripción en este Registro Público."*<sup>51</sup>

El actual Archivo General de Asuntos Indígenas, como sucesor legal de la institución del mismo nombre que se estableció en el artículo 58 de la ley 17.729, tiene a su cargo, además de los documentos señalados en el artículo 30

... "los archivos de la Comisión Radicadora de Indígenas, de los Protectorados de Indígenas y de los Juzgados de Letras de Indios y de todos los servicios u organismos del Estado que se refieran a tierras indígenas"<sup>52</sup>. A este archivo le corresponde en la actualidad la función de servir como Conservador de la Propiedad Indígena, como se desprende de lo señalado precedentemente, en cuanto encargado de los archivos de la Comisión Radicadora de Indígenas.

La ley del 4 de diciembre de 1866, en su artículo 5º creó el Conservador de la Propiedad Indígena, competencia de que aún subsiste en el funcionario encargado del Archivo.<sup>53</sup>

El autor discrepa que tales atribuciones se hayan radicado hoy en un organismo dependiente de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos. En tal orden de ideas, habría correspondido que el Archivo también dependiera de la CONADI, tal como antes lo fue del INDAP a través del Departamento de Asuntos Indígenas, del Instituto de Desarrollo Indígena, IDI, y del Ministerio de Tierras y Colonización a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, instituciones sucesoras en sus atribuciones. Más aún, por la relación estrecha que se establece con el Registro de Tierras, no parece afortunado haberlos establecido como dos instituciones separadas. Junto con lo anterior, la ubicación de esta institución dentro del esquema de la ley -en el título de Cultura y Educación- parece desconocer la importancia del Archivero como fedatario.

### División de Tierras de Títulos de Merced

Aunque la primera ley de división de comunidades con título de merced propiamente data de 1927, las primeras normas sobre la materia se dictaron en la ley de 4 de diciembre de 1866, en que se disponía que se procedería a la adjudicación individual si la octava parte de los jefes de familia lo solicitaban. La ley 4.169 de 1927 creó un Tribunal Especial para el efecto, el cual podía proceder a la división de oficio, aunque dando preferencia a las comunidades que la solicitaran.

En 1931 el decreto 4.111 que creó los Juzgados de Indios, eliminó la facultad de dividir de oficio, y exigió para el efecto la voluntad de un tercio de los comuneros, quórum que se mantuvo con la ley 14.511, que creó los Juzgados de Letras de Indios, y hasta el año 1972, con la dictación de la ley 17.729, que elevó el quórum a la mayoría absoluta.

Con el decreto ley 2.568 de 1979, solamente se requirió de la voluntad de un comunero para proceder a la división, presumiéndose que también el ocupante de una reserva tenía para este efecto la calidad de comunero. Aunque el título de dominio de los adjudicatarios correspondía a una sentencia judicial de división de comunidad indígena, lo cierto es que el procedimiento de regularización era en su mayor parte administrativo, cuyo impulso radicaba en INDAP, a través del Departamento de Asuntos Indígenas (DASIN).

Hoy día aún subsisten unas pocas comunidades que no se han dividido, o se dividieron sólo en parte, quedando el título de merced vigente parcialmente, o cuyo proceso de titulación individual quedó inconcluso.

<sup>50</sup> En causa rol 5992 caratulada "Levío con Levío" del Juzgado de Letras de Curahué, en resolución de fecha 25 de abril de 1994 y sentencia revocatoria de la Ilustre Corte Apelaciones de Temuco, de 29 de julio de 1994, en rol 385-94. El título en cuestión era una adjudicación en propiedad a una persona mapuche de acuerdo a la ley 17.729, vale decir, la última ley de división de comunidades.

En el mismo sentido, sentencia en causa rol 268-97 de fecha 27 de enero de 1998 de la Corte de Temuco, en apelación de sentencia definitiva en causa sobre reivindicación rol 29.437 del Juzgado

<sup>51</sup> Puede apreciarse que nada se señala acerca de los archivos de los Juzgados de Indios y de Letras de Indios, documentación que puede resultar indispensable al momento de inscribir una propiedad en el Registro de Tierras.

<sup>52</sup> Artículo 59 de la ley 17.729

<sup>53</sup> La ley de 4 de diciembre de 1866, creó Comisión de Ingenieros, para medir y delimitar los terrenos de indígenas, predecesora de la Comisión Radicadora; restableció el cargo de Protector de Indígenas; y además estableció el Conservador de la Propiedad Indígena: "... fijados los destines de un modo claro y preciso, los ingenieros extenderán un acta de todo lo obrado en un libro que se llevará al efecto por un ministro de fe pública que servirá de Secretario, y expedirán a favor del indígena o indígenas poseedores un título de merced a nombre de la República, insertando copia de dicha acta y anotando el título en otro libro que le servirá de Registro Conservador ..."

La ley 4.169 de 1927, que creó el Tribunal Especial de División de Comunidades, en el artículo 20 de su reglamento, estableció que la sentencia de división debía inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces respectivo y en el Registro de Propiedades del Conservador de Indígena y anotarse al margen de la inscripción del título de merced correspondiente a este último

Al suprimirse la Comisión Radicadora y los Protectores de Indígenas, en virtud del decreto 4.111 de 1931, sus archivos pasaron al Ministerio de Tierras y Colonización.

La ley vigente actualmente también contempla un mecanismo para dividir las comunidades amparadas por títulos de merced, en el artículo 16. La división de las tierras indígenas provenientes de títulos de merced deberá ser solicitada formalmente al Juez competente por la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios residentes en ella. El Juez, sin forma de juicio y previo informe de la Corporación, procederá a dividir el título común, entregando a cada indígena lo que le corresponda aplicando el derecho consuetudinario de conformidad al artículo 54 de esta ley y, en subsidio, la ley común. El quórum de mayoría absoluta es el mismo que establecía la ley 17.729 de 1972 en su texto original.

La expresión «titulares de derechos hereditarios residentes en ella» también representa un cambio pues ya no se habla de ocupante, como en la anterior ley, sino de titular de derechos hereditarios, vale decir necesariamente debe fundar o ligar su derecho a uno de los radicados originales. Sin embargo, habría sido preferible hablar de «indígenas titulares de derechos hereditarios», a fin de precisar que sean auténticamente mapuches los que pidan la división, y no personas no mapuches que logren obtener derechos hereditarios, por ejemplo, a través de cesión de derechos por escritura pública.<sup>54</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en casos calificados, un titular de derechos hereditarios residente podrá solicitar al Juez la adjudicación de su porción o goce, sin que ello signifique la división del título común. Dicha adjudicación importará la extinción de sus derechos hereditarios en el título común restante. Asimismo se extinguirán los derechos de la comunidad hereditaria respecto de la porción o goce adjudicado.

La redacción de este inciso es desafortunada, porque se contradice completamente el espíritu del primer inciso al permitir en el hecho la división del título común por la voluntad de uno solo de los titulares de derechos hereditarios. En el fondo se vuelve al concepto del decreto ley 2.568, en cuanto a que la voluntad de uno solo se impone sobre la voluntad de la mayoría. En efecto, el interés de la mayoría en mantener en integridad el estado de comunidad se ve frustrado al permitirse la disgregación parcial.

En otro orden de ideas, es preciso señalar que al comienzo de la aplicación de la ley indígena, se intentó extender la aplicación de esta norma como un mecanismo de división de las hijuelas provenientes de divisiones conforme al decreto ley 2.568, haciéndola prevalecer sobre el artículo 17 de esta ley. Tanto la opinión de los Tribunales como del órgano administrativo fue contraria a esta postura, debido a que el ámbito de aplicación de la norma se reduce a tierras indígenas comunitarias y amparadas por título de merced.

### Indivisibilidad de las Tierras Indígenas

La norma que contempla la indivisibilidad de las tierras indígenas es el artículo 17 inciso 1º, que señala:

*Las tierras resultantes de la división de reservas y liquidación de comunidades de conformidad al decreto ley 2.568 de 1979 y aquellas subdivisiones de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo a la presente ley, y aquellas subdivisiones de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo a la presente ley, serán indivisibles aún en el caso de sucesión por causa de muerte.*

Sin embargo, la idea de impedir la subdivisión ya estaba inserta en el decreto ley 2.568, lo que no impidió que se produjeran subdivisiones de hecho. Para dar alguna sanción jurídica a las reparticiones de hecho de común acuerdo se llevaron adelante gestiones voluntarias ante los Tribunales como adjudicaciones provisorias o delimitaciones, y en otros casos donde no había acuerdo entre los herederos los mismos indígenas optaban por demandar de cesación de goce gratuito, formas jurídicas que el organismo público de alguna manera aprobaba y que en definitiva los Tribunales también sancionaron<sup>55</sup>.

Respecto de la redacción misma del artículo, parece imprecisa, puesto que no habla de tierras indígenas, aunque abiertamente la ley desea limitar el alcance de la norma a ese campo y dejar las tierras resultantes de procesos divisorios, cuya propiedad radique en no indígenas, sometida a la ley común.

No de otra manera se puede pensar si el artículo se ubica precisamente en el título 2º y párrafo 1, acerca de la protección de las tierras indígenas”.

Por añadidura se debe considerar que por el hecho que el decreto ley 2.750 de 1979, modificó el anterior decreto ley 2.568 del mismo año, y por ende la ley 17.729 de 1972, en cuanto estableció que una presunción de derecho en cuanto a que todos los “ocupantes” de una reserva tenían la calidad de “comuneros” y por tanto de “indígenas”. Ello permitió que muchos “particulares” pudieran acceder a la categoría de “indígenas” y por consiguiente convertirse en dueños de las hijuelas resultantes de la división de las ex “reservas”.

El artículo 2 de la ley actualmente vigente contempla su propio concepto de indígena, donde no se señala la presunción del decreto ley 2.750, siendo esta calidad personal del titular del dominio indispensable para que el inmueble tenga la categoría de tierra indígena. Atendidas estas consideraciones es que en la actualidad muchos “no indígenas” antes fueron adjudicatarios de las hijuelas del decreto ley 2.658, que en la actualidad, al faltar el requisito personal del titular de dominio, no tienen la categoría jurídica de tierra indígena, y que por efecto de la propia ley 19.253 se rigen por el derecho común, tal y como lo ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia en gestiones sobre alzamiento de la prohibición establecida en el artículo 26 de la ley 17.729, en relación con la norma del artículo 13 de la actual ley indígena.

<sup>54</sup> En el pasado algunos particulares compraban acciones y derechos a uno o más comuneros mapuches, y hoy podrían esgrimir tales compras para participar en la división. En muchas ocasiones hubo aceptación de la comunidad indígena, pero en otras se generó un conflicto, como por ejemplo en la comunidad Pedro Curruin, de Curahué.  
<sup>55</sup> Así por ejemplo, causa rol 42.674 del 1º Juzgado Civil de Temuco, caratulada “Alegria con Nahuelpi”. El derecho a pedir esta forma de partición o adjudicación provisorias que surge para los copropietarios mapuches del artículo 2305 del Código Civil, antes citado, cuando señala que cada comunero civil tiene derecho a servirse para su uso personal de la cosa, sin perjuicio del justo uso de las otras, vale decir sin poner obstáculo al uso a que los demás copropietarios tienen igual derecho; lo anterior complementado por el artículo 2310 que señala que los frutos de la cosa común deben repartirse a prorrata de sus cuotas.

Por otra parte, el inciso 4º, que se refiere a una excepción a la norma general de indivisibilidad, cual es la constitución de un derecho real de uso especial, habla expresamente de *titulares de dominio de tierras indígenas*.

En el mismo orden de ideas, el inciso 5º, que también se refiere al derecho real de uso, reitera el concepto que como excepción a la norma de la subdivisión del inciso 1º, debe aplicarse a todas las tierras indígenas, desde el momento en que fija su ámbito de aplicación a *“un goce en tierras indígenas indivisas de las reconocidas en el artículo 12 de esta ley”*.

Por lo tanto se concluye, por la ubicación dentro de la ley y su relación con las demás normas de la misma, que el espíritu de la ley fue que rigiera solamente las tierras indígenas.

Pero lo cierto es que una interpretación literal y aislada de la norma en principio nos indicaría que su ámbito de aplicación se extiende a todas las hijuelas del decreto ley 2.568, aún aquellas que hoy no son tierra indígena.

### Excepciones a la indivisibilidad

1) El inciso 2º del artículo 17 establece que, se podrán dividir y enajenar para la construcción de locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos, debiendo contar para ello con la autorización del Director Regional de la Corporación.

Se trata de permitir la subdivisión y enajenación de retazos de terreno sin límite de cabida, para los fines que se indican. El destinatario de la norma por lo general son las comunidades indígenas, juntas de vecinos y agrupaciones campesinas, que por este medio pueden construir sus sedes sociales, aunque sin embargo también ha sido una vía para que las iglesias puedan edificar templos en terrenos propios.

La expresión «local», en opinión del autor, debe tomarse en su sentido amplio de «sitio cerrado», que es una de las definiciones que da el Diccionario de la Real Academia Española. Ello en atención a que se han presentado solicitudes que no implican necesariamente la construcción de un recinto, como por ejemplo para la habilitación de un museo abierto, o la instalación de antenas de radioemisoras, o la construcción un campo deportivo y que en todo caso cumplen con los objetivos de la norma.

Respecto de los fines para los cuales deben destinarse, las expresiones «religiosos» y «deportivos» aparecen relativamente acotadas, por lo que no necesitan mayor análisis. Las expresiones «comunitarios» y «sociales» tienen una amplitud que hace necesaria su precisión para esta norma.

Parece pertinente hacer referencia a la ley general de urbanismo y construcciones, que en su artículo 59 inciso 1º al hacer mención de aquellos terrenos destinados al *«equipamiento*

*comunitario»*, pone como ejemplos: *«escuelas, hospitales, jardines infantiles, retenes de Carabineros y oficinas o instalaciones fiscales y municipales»*.

En opinión del autor, la redacción de la norma, que confiere una facultad privativa al Director de la CONADI, no es afortunada, pues saca esta autorización de las atribuciones propias de la Subdirección o Dirección Regional que corresponde, la cual sustancialmente debería pertenecerle, sin que exista una razón de fondo que así lo justifique, y desvirtuando el organigrama de la institución<sup>56</sup>.

2) El inciso 3º del artículo 17, establece que existiendo motivos calificados y siempre que de ello no resulten lotes inferiores a tres hectáreas el juez previo informe favorable de la Corporación, podrá autorizar la subdivisión por resolución fundada.

El legislador desea evitar la atomización de la propiedad indígena, y por tal razón establece un límite de cabida que es superior a la que fija el decreto ley 3.516 de 1980, que es de 0,5 hectáreas. El límite de tres hectáreas como mínimo para cada lote resultante, deja fuera de posibles subdivisiones a la mayoría de las tierras indígenas individuales (el promedio de superficie de las hijuelas entregadas a través del Instituto de Desarrollo Agropecuario –INDAP– en la década de los ochenta era de 5,5 hectáreas) ya que en el hecho solamente serán susceptibles de ese procedimiento las hijuelas de más de 6 hectáreas. Pero aún así, casi siempre el número de herederos es superior al de lotes que pueden distribuirse. Además, aun en este caso el legislador fija otros requisitos para proceder a la subdivisión, esto es la autorización del tribunal competente, informe favorable de la CONADI (que para este caso corresponde dar a la Sub Dirección Nacional o Dirección Regional que corresponda) y motivos calificados

¿ Que se entiende por «motivos calificados»?

La subdivisión tiene por objeto siempre la transferencia de un lote en favor de un tercero (quien obviamente debe tener la calidad de indígena, porque la tierra no pierde tal calidad) o la partición de una comunidad, ambas circunstancias que por sí, siempre serán un «motivo calificado», por lo que exigir esa calificación como requisito es innecesario. Además, la propia ley deja al Juez con poca capacidad para aceptar o rechazar, ya que el informe desfavorable de la CONADI es vinculante, informe que en la práctica se limita a revisar que el tercero sea indígena, que exista el motivo calificado y que se respete el límite de las hectáreas, cuestión que se fiscaliza en un informe técnico. En el fondo, la gestión voluntaria ante el Juez no aparece como el trámite adecuado para cumplir la función de fiscalizar o proteger un bien jurídico querido, ya que viene a hacer más oneroso en tiempo y dinero para el indígena el trámite de subdivisión.

Si se desea evitar la atomización de la propiedad, bastaría con

<sup>56</sup> Ver resoluciones exentas número 063, número 064 y número 065 de la Dirección Nacional de CONADI de fecha 1 de marzo de 1996.

el límite legal, cuyo cumplimiento deben vigilar Notarios y Conservadores, como ocurre con el decreto ley número 3.516, el cual establece los predios rústicos en general no pueden ser divididos por una superficie inferior a 0,5 hectáreas físicas, o una autorización administrativa, inserta en la escritura pública respectiva, como en el caso de la ley número 18.755. Los proyectos de ley que hoy se encuentran en el Parlamento y que postulan elevar a 3 hectáreas el límite de 0,5 hectáreas como superficie mínima para las hijuelas o lotes resultantes de la subdivisión de predios rurales sujetos a la legislación común, deberían solucionar este tema, ya que el límite pasaría a ser el mismo tratándose de tierra indígena y no indígena, y las demás exigencias especiales deberían desaparecer.

La ley plantea en el capítulo del Fondo del Desarrollo, artículo 23 inciso 1° letra b, una forma de financiamiento para superar esta situación, a través de *líneas de crédito para el funcionamiento de programas de superación del minifundio, tales como planes de reasignación, financiamiento especial para adquisición de derechos sucesorios y otros mecanismos necesarios para estos fines.*

No obstante, la voluntad del legislador se ve frustrada a la hora de ver la aplicación de esta norma que indudablemente forma parte de la solución para el problema del minifundio, puesto que apunta al fondo del problema. La idea es que alguno o más de los herederos pueda ver compensada convenientemente en dinero su cuota hereditaria, y los restantes, saneada su situación legal frente a la propiedad.

La parte final del inciso, contiene una regla que no se ha aplicado, esta es que de la resolución que deniegue la subdivisión podrá apelarse ante el Tribunal superior, aplicando el procedimiento del artículo 56 de esta ley. Esta gestión ante el tribunal de primera instancia tiene el carácter de voluntaria, en tanto el artículo 56 contempla un procedimiento para un juicio contradictorio y declarativo. Además el procedimiento del artículo 56 está establecido para la primera instancia, siendo la única norma segunda instancia aquella que otorga preferencia para la vista y fallo.

3) Los incisos 4°, 5°, 6°, penúltimo y final del artículo 17 señalan que excepcionalmente, los titulares de dominio de tierras indígenas podrán constituir derechos reales de uso sobre determinadas porciones de su propiedad, en beneficio de sus ascendientes y descendientes por consanguinidad legítima o afinidad, legítima o ilegítima, y de los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a programas habitacionales destinados al sector rural.

El inciso 4° del artículo 17 contiene varios conceptos jurídicos cuyo análisis es menester para entender la norma. El artículo 811 del Código Civil define "Derecho de Uso"

*"... es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de usar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa."*

*"Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación"*

El derecho de uso se constituye de la misma manera que cualquier otra limitación al dominio, vale decir, por escritura pública debidamente inscrita en el Conservador de Bienes Raíces.

En general, respecto del derecho real de uso, se distinguen dos derechos distintos sobre la misma cosa: el derecho del usuario o habitador, de usar y gozar, y el derecho de propiedad del dueño o constituyente. El artículo 815 del Código Civil limita el alcance, en el derecho civil común, de este derecho real:

*"El uso y la habitación se limita a las necesidades personales del usuario o del habilitador."*

*"En las necesidades personales del usuario o del habilitador se comprenden las de su familia."*

*"La familia comprende al cónyuge y a los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobreviven después, y esto aún cuando el usuario o el habilitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución."*

*"Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia."*

*"Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habilitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos."*

En la legislación indígena especial, el alcance del derecho real de uso es diferente: *«para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a programas habitacionales destinados al sector rural»*

También se hace diferencia respecto del beneficiario, vale decir del usuario, puesto que se limita a *ascendientes y descendientes por consanguinidad legítima o afinidad, legítima o ilegítima, y colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive*, en tanto en el derecho privado común no existe tal limitación. Los parientes en beneficio de los cuales se puede constituir este especial derecho real de uso son los abuelos, padres, hijos, nietos y bisnietos; padres e hijos naturales; suegros, yernos, y nueras; y hermanos legítimos.

Se excluyen por lo tanto los primos hermanos, tíos y sobrinos. No nos parece afortunada esta limitación, por cuanto debe considerarse que la familia mapuche en importante medida sigue siendo una familia patrilineal extensa, sobre todo tratándose de mujeres solteras, estas por lo general integran el núcleo familiar de su hermano. En la práctica es común que una tía soltera pretenda beneficiar con un derecho real de uso a un sobrino, lo que del tenor literal de la ley no se permite.<sup>57</sup>

Respecto de la situación de los hermanos naturales, la ley no dijo a qué colaterales se refiere, y podría interpretarse que, como en el caso de los ascendientes y descendientes expresamente se refirió a los ilegítimos, en el caso de los hermanos, es su voluntad no incluir dentro de la norma a los hermanos naturales, lo cual estaría contrariando el respeto de la cultura mapuche, que no reconoce diferencia entre hermanos naturales y legítimos. En todo caso siempre podrá aplicarse la norma sobre posesión notoria de estado civil.

En el inciso 5º del artículo 17 se contempla la situación de los goces en las tierras indivisas, al señalar que *“igual derecho tendrán las personas que teniendo la calidad de indígenas, detentan un goce en tierras indígenas indivisas de las reconocidas en el artículo 12 de esta Ley”*.

En general, el artículo 17 comentado en su inciso 4º permite que titulares de tierras indígenas puedan establecer derechos reales de uso sobre porciones de terreno, para el solo fin de permitir el acceso a programas habitacionales para el sector rural, en beneficio de los parientes que se mencionan. El inciso 5º tiene un ámbito de aplicación distinto, en relación a la comunidad como titular del derecho, pero no distingue a qué tipo de comunidad se refiere, si se trata de una comunidad de una reserva o cualquier tipo de comunidad sobre el dominio de un inmueble. La Ley no habla de “reservas” sino de “tierras indígenas indivisas”, por lo tanto se debería entender como a toda tierra indígena cuya propiedad se encuentre en comunidad.

Respecto de la expresión “goce” en el inciso 4º, se debe entender que se refiere a una ocupación por cuenta propia. Este concepto lo definía la ley 17729 en su artículo 2 inciso 2º

*“Goces son las diferentes porciones de terreno de la reserva, ocupadas por una persona que las explota en forma independiente, en provecho y por cuenta propia.”*

El ámbito de aplicación que señala el inciso 5º, en cuanto al inmueble, se extiende a toda tierra indígena indivisa y en cuanto al beneficiario, a toda persona indígena que detente un goce u ocupación por cuenta propia, debiendo entonces comprobarse tales elementos, siendo indiferente la titularidad del dominio.

El problema, radica en que el inciso 4º y 5º dan ámbitos de aplicación distintos para un mismo beneficio, siendo de toda lógica entonces que los requisitos de acceso a ese beneficio sean distintos: en este caso ocupación de un goce, calidad de persona indígena, determinación de una porción de terreno en tierras indígenas indivisas, etc.

Finalmente, debe entenderse que la ocupación que constituye un goce debe necesariamente ser pacífica, situación expresa dentro del ámbito de la Ley 17.729, y que se desprende del contexto de la actual.

<sup>57</sup> En la última división de comunidades usualmente las mujeres adjudicatarias de hijuela eran personas solteras, lo que va en directa relación con los principios del derecho consuetudinario, de acuerdo al cual la mujer que se casa emigra. Ello fue observado también en una época anterior, en tal sentido, ver Carlos Aldunate Del Solar, 1979.

El inciso antepenúltimo señala cómo se determina la superficie sobre la cual se constituirá el derecho real de uso:

*El Director o Subdirector de la Corporación, según corresponda, previo informe favorable a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, determinará la superficie de la propiedad o goce sobre la cual se autorice constituir el respectivo derecho de uso.*

La constitución del derecho real de uso en el derecho común se hace por medio de escritura pública, que se inscribe al margen de la inscripción de propiedad, según los artículos 31 n° 2, 32 inciso penúltimo y 52 n° 1 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

La Ley Indígena no establece como requisito que la resolución del Servicio de Vivienda y Urbanización –SERVIU– se inserte en la escritura o que al menos se deje constancia de la misma. Lo cierto es que Notarios y Conservadores al menos insertan lo medular de la resolución o dejan constancia de la misma, lo cual es una sana práctica para acreditar el cumplimiento de la norma acerca de la superficie.

El derecho real de uso en el Código Civil está concebido como un derecho personalísimo, y por lo tanto no se transmite por causa de muerte a los herederos, vale decir, dura un tiempo determinado que no puede exceder la vida del usuario o habitador, de acuerdo al artículo 819 primer inciso.

La norma del artículo 17 inciso penúltimo de la ley 19.253 hace excepción a la regla antes citada, y permite la transmisión a algunas personas que se indican:

*El derecho real de uso así constituido será transmisible sólo al cónyuge o a quien hubiere constituido posesión notoria de estado civil de tal. En lo demás, se regirá por las normas del Código Civil. Si se constituye a título gratuito estará exento del trámite de insinuación.*

Respecto de la transferencia entre vivos, rige plenamente el Código Civil. En el artículo 819 inciso 1º parte final, e inciso 2º dice que los derechos de uso y habitación *no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.*

La ley indígena, en el inciso final del artículo 17, establece una situación para las tierras indígenas que pertenecen a una sucesión

*Si el dominio de una propiedad o goce estuviera inscrita a favor de una sucesión, los herederos podrán constituir los derechos de uso conforme a esta norma, a favor del cónyuge sobreviviente o uno más de los herederos.*

Sobre este particular es atinente hacer dos comentarios: en primer lugar, debemos entender que se trata de una norma especialísima dentro del derecho real de uso de la ley indígena, respecto de quienes pueden ser usuarios o habitantes.

El inciso 4º del artículo 17 la ley indígena nos señala quienes pueden ser usuarios o habitantes, mencionando a una serie de parientes; en tanto en el inciso final se señala una norma especialísima en sentido que si la propiedad corresponde a una sucesión, solamente se puede constituir en usuarios o habitantes a herederos o al cónyuge sobreviviente.

En segundo lugar, parece poco afortunado que se hubiere empleado la frase «... goce ... inscrito a favor de una sucesión» por cuanto un goce es una porción de terreno que se explota en forma independiente pero que pertenece a una comunidad indivisa, por lo que mal puede estar inscrito a favor de alguien, o una sucesión, lo cual supone propiedad privada.

El inciso 5º referido también a la misma materia se pone en una situación de hecho distinta, vale decir, cuando se trate de tierras indivisas.

*“Igual derecho tendrán las personas que, teniendo la calidad de indígenas, detentan un goce en tierras indígenas indivisas de las reconocidas en el artículo 12 de esta ley.”*<sup>58</sup>

En cuanto al inmueble que se gravará con el derecho real de uso, no distingue si se trata de una comunidad de una reserva amparada en título de merced o cualquier tipo de comunidad sobre el dominio de un inmueble, en todo caso, la referencia se hace en general al artículo 12, por lo tanto la norma debe entenderse que comprende a todo inmueble tierra indígena que se encuentre en calidad de indivisa. Si la ley hubiese querido referirse solamente a las tierras indígenas consistentes en una comunidad sobre una reserva, se habría restringido expresamente al artículo 12 n° 1 letras a) y b).

En cuanto al beneficiario del derecho real de uso, es cualquier persona indígena que detente un goce en una tierra indígena indivisa. Ello desde el momento que el inciso 5º se remite al inciso 4º al señalar *“igual derecho tendrán las personas...”*

El ámbito de aplicación que señala el inciso 5º, en cuanto al inmueble se refiere a toda tierra indígena indivisa y en cuanto al beneficiario, a toda persona indígena que detente el un goce u ocupación por cuenta propia, debiendo entonces comprobarse tales elementos, siendo indiferente la titularidad del dominio.

Los incisos 4º y 5º dan ámbitos de aplicación distintos para un mismo beneficio, siendo de toda lógica entonces que los beneficios de acceso a ese beneficio sean distintos: en

este caso utilización de un goce, beneficio, calidad de persona indígena, determinación de una porción de terreno en tierras indígenas indivisas, etc.

Debe entenderse que la ocupación que constituye un goce debe necesariamente ser pacífica, situación expresa dentro del ámbito de la Ley 17.729, y que se desprende del contexto de la actual. Este elemento se confirmaría con un certificado de litigios y declaración jurada.

¿ Quien es el titular constituyente del gravamen, tratándose de tierras indivisas y goces, en el ámbito del inciso 5º?

En opinión del autor, y siguiendo las reglas generales, el constituyente sigue siendo el titular de la propiedad, lo cual por cierto dificulta la obtención de tal declaración de voluntad en torno a gravar la propiedad, sobre todo tratándose de tierras amparadas por títulos de merced y comunidades civiles donde hay indeterminación de los titulares de derechos.

### Sucesión por Causa de Muerte

Por mucho tiempo se ha negado en las áreas de alta concentración de población indígena, la existencia de un derecho consuetudinario o costumbre jurídica sino tan sólo algunas prácticas, usos y costumbres que no alcanzan la categoría de normas jurídicas

Estudios jurídicos antropológicos más profundos permiten demostrar que efectivamente existe un derecho consuetudinario con reglas claras y conocidas, arraigado en la idiosincracia del mapuche y que por lo tanto, goza de eficacia dentro de su ámbito de vigencia. En efecto las investigaciones de Louis Faron (1969), Milán Stuchlik (1971 y 1974), Carlos Aldunate del Solar (1976) y Michelle Romieux (1990), entre otros, concluyen en la existencia de un sistema consuetudinario que rige al interior de las comunidades mapuche las relaciones de familia y de sucesión por causa de muerte. Esta realidad es recogida en el artículo 18 de la ley actual, otorgando un ámbito de validez a la costumbre jurídica.

La sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común, con las limitaciones establecidas en esta ley, y la de las tierras indígenas comunitarias a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común.

Para una mejor comprensión de esta norma, es necesario distinguir dos ámbitos de aplicación distintos en relación a las tierras comunitarias: por una parte, aquellas cuya titularidad corresponde hoy a la comunidad indígena, definida en el artículo 9 de esta ley, y por otra parte, aquellas que se encuentran aún amparadas por títulos de merced.

<sup>58</sup> Al hablar la Ley de “goce” en el inciso 4º, debemos entender que se refiere a una ocupación por cuenta propia. La palabra no está definida por la Ley 19.253, sino por la anterior ley indígena número 17.729 en su artículo 2º inciso 2º: “Goces son las diferentes porciones de terreno de la reserva ocupadas por una persona que las explota en provecho y por cuenta propia”.

En la primera situación, no corresponde la aplicación de esta norma puesto que la comunidad indígena del artículo 9 es una persona jurídica, figura que ya es ajena a la costumbre jurídica indígena. Además el titular del dominio sigue siendo la persona jurídica, independiente del fallecimiento de los socios. Aún extinguiéndose la persona jurídica por “disolución” las relaciones entre los miembros se regirán por la “liquidación” de su haber y no directamente por normas sucesorias. En estos casos el destino de los bienes está usualmente determinado por los estatutos.

En la segunda situación la aplicación de la costumbre jurídica se producía desde antes, aún previo a la división de la década de los ochenta. Todo el proceso divisorio que llevó adelante INDAP se fundamentó en las reparticiones de tierra que ya estaban consolidadas en las comunidades, y que al interior de las mismas tenían pleno valor jurídico. Por lo mismo, es razonable suponer que en las comunidades que aún quedan indivisas la costumbre tenga igual aplicación, y ahora, desde el punto de vista legal, vigencia.

En todo caso, resulta discutible que la norma del artículo 18 sea aplicable a estos casos, por cuanto según se desprende del artículo 12 de esta ley, las tierras indígenas comunitarias son aquellas cuyo titular es la comunidad indígena definida en el artículo 9, luego ni de esta norma ni del contexto de este párrafo se puede desprender que exista otra clase de tierras indígenas comunitarias. Además, la aplicación del derecho consuetudinario tratándose de la división de las tierras amparadas por títulos de merced, corresponde más bien por lo dispuesto en el artículo 16, que por aplicación del artículo 18.

Respecto de la primera parte del inciso final del artículo 18: *La sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común, con las limitaciones establecidas en esta ley...* algunos abogados han querido interpretarla en el sentido que una persona no indígena puede llegar a adquirir el dominio de tierras indígenas a través del modo de adquirir sucesión por causa de muerte, debido a que se rige por el derecho común. Aceptar esta postura sería darle un sentido demasiado amplio a la norma del artículo 18 y sacarla del contexto de la ley 19.253. En todo caso el propio legislador previó esta situación y por ello finaliza la oración diciendo *con las limitaciones establecidas en esta ley*.

¿ Puede adquirir tierra indígena un heredero testamentario?

La solución debe buscarse en el juego de los artículos 18 inciso 1º y 21 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes de fecha 7 de octubre de 1861, aún vigente.

*“Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento, pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente a la época en que fallezca el testador...”*

*“En la adjudicación y partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regían al tiempo de su delación”.*

Vale decir, la fecha de la muerte del causante determina la aplicación del derecho común o de la legislación especial indigenista, tanto para la sucesión intestada como para la sucesión testada. En la práctica, si una persona no indígena ha adquirido acciones y derechos en la sucesión de una persona indígena, la cesión de derechos hereditarios será siempre válida, pero respecto de los inmuebles que sean tierra indígena, en definitiva al momento de la partición solamente podrá adjudicárselo si a la época la muerte, apertura de la sucesión, o delación de la herencia, regía la ley común. Si se tratare de una asignación testamentaria, el razonamiento será el mismo, haciendo la salvedad que si se trata de una asignación sujeta a condición suspensiva, la delación tendrá lugar al momento en que se cumpla la condición.<sup>59</sup>

### Terrenos Culturales y Sagrados

El párrafo relativo a las tierras indígenas concluye con un precepto que tiene relación más bien con la preservación de la cultura. En opinión del autor, habría correspondido ubicarla en el párrafo de las culturas indígenas, sobre todo porque el objeto o bien protegido son las manifestaciones culturales. Más aún, su ámbito de aplicación es la propiedad fiscal.

*Los indígenas gozarán de derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal.*

*La Comunidad indígena interesada podrá solicitar la transferencia a título gratuito de los inmuebles referidos en el inciso anterior. Existiendo dos o más Comunidades interesadas, todas ellas tendrán derecho a solicitar la transferencia del inmueble, mediante resolución expedida a través del organismo público respectivo, se calificarán, determinarán y asignarán los bienes y derechos.*

En el caso que no cumpliere o existiere entorpecimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos en los incisos anteriores, la Comunidad Indígena afectada tendrá acción de reclamación ante el Juez de Letras competente quien en única instan-

<sup>59</sup> *La apertura de la sucesión es un hecho consecutual de la muerte de una persona, y en cuya virtud los bienes del difunto pasan a sus sucesores. El momento de la apertura de la sucesión determina las personas hábiles para suceder al difunto, vale decir, dignos y capaces de suceder, comienza en ese momento el estado de indivisión y los efectos declarativos del acto de partición se remontan a dicho momento; y rigen la sucesión las leyes vigentes al tiempo de su apertura.*

*Abierta la sucesión, tiene lugar regularmente la delación de las asignaciones que define el artículo 956 inciso 1º del Código Civil: “La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiarla”. La delación opera normalmente al momento de la muerte del causante y coincide con la apertura de la sucesión, salvo cuando la asignación testamentaria es condicional. (Ramón Meza Barros, op. cit., páginas 20 y siguientes)*

cia, sin forma de juicio, previa audiencia de los demás interesados, del organismo público respectivo informe de la corporación, se pronunciará sobre la acción entablada.

Durante la división de reservas que practicó DASIN-INDAP, en la década de los ochenta, se adjudicaban al FISCO los terrenos destinados a cementerios indígenas.

La norma no tiene aplicación cuando el dueño del terreno es un particular, sea indígena o no, lo que restringe considerablemente la competencia del Juez en esta materia.

Esta disposición podría tener aplicación en relación a los cementerios, cuando producen problemas con particulares o entre los mismos indígenas acerca de su uso, situaciones que pueden ser muy graves en localidades lejanas o de difícil acceso como islas, donde no existen alternativas para dar sepultura a los difuntos. También se han dado situaciones en que se han hecho pasar caminos públicos por lugares sagrados, coartando así el legítimo uso comunitario.

### Ruralidad de las Tierras Indígenas

Para finalizar el análisis del párrafo que se refiere a la protección de las tierras indígenas, es necesario que se aborde una interrogante que no está expresamente tratada en la ley pero que está presente en su contexto: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la expresión «tierras indígenas»? o más específicamente ¿puede alcanzar el concepto de tierras indígenas a los inmuebles urbanos? ¿cuál es el alcance de la expresión «tierras de no indígenas» utilizada en la ley (artículo 13 inciso penúltimo), a propósito de la permuta?

El problema se plantea, entre otras razones, porque debido al crecimiento de las ciudades de la Región de Araucanía, ciertas tierras provenientes de ex comunidades, han sido absorbidas e incorporadas al radio urbano. Así por ejemplo en la ciudad de Temuco sector Pedro de Valdivia, parte de la comuna Padre Las Casas, y más recientemente camino a Labranza.<sup>60</sup>

Debido a que el legislador no hizo una distinción expresa entre los inmuebles urbanos y los no urbanos, se ha llegado a suponer que no se puede llegar a tal distinción por vía de interpretación, ya que sería agregar un elemento nuevo al concepto de tierras indígenas del artículo 12.

Sin embargo, existen argumentos para sostener que el concepto de tierras indígenas debe restringirse únicamente a los inmuebles que se encuentren en las circunstancias de hecho y jurídicas establecidas en el artículo 12 de la ley 19253, y que tengan la calidad de no urbanos, y por consecuencia, la expresión «tierras de no indígenas» también debe restringirse a inmuebles no urbanos.

Ello se desprende del análisis de varios artículos:

- el inciso 2º del artículo 13, que establece la posibilidad de gravar las tierras indígenas, señala como un límite que el gravamen *no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia.*

Respecto de los inmuebles urbanos esta norma sería inaplicable, sobre todo por lo señalado en la parte final

El legislador supone la situación de hecho que la tierra indígena debe comprender al menos una casa habitación y además un terreno indispensable para la subsistencia familiar, vale decir, se coloca en la situación que en dicho inmueble deben poder practicarse al menos los cultivos mínimos para la auto subsistencia, requisito que obviamente solo corresponde respecto de inmuebles no urbanos o de alguna aptitud agrícola.

- el inciso penúltimo del artículo 13, que se refiere a la posibilidad de enajenar tierras indígenas, señalando que *“... se podrán permutar por tierras de no indígenas...”*

En esta situación pasan a ser objetos de la norma las “tierras de no indígenas”, debiendo respecto de ellas dilucidar su condición.

El antecedente inmediato de esta disposición es la letra b) del inciso 2º del artículo 26 de la ley 17.729, modificada por los decretos leyes número 2.568 y número 2.750 de 1979, que permitía la enajenación de hijuelas indígenas cuando dicha enajenación tuviera por objeto *“subrogar otro inmueble a la hijuela”*. Durante la vigencia del mencionado cuerpo legal, el DASIN-INDAP autorizó permutas de hijuelas indígenas por propiedades en la ciudad, porque se interpretó que la expresión “inmueble” comprendía bienes raíces urbanos y no urbanos.

La permuta que establece la ley 19.253, también es regulada a través de una autorización administrativa, pero esta vez se reemplazó la voz “inmueble” por “tierras de no indígenas” lo cual se ha interpretado como una precisión que excluye las permutas por inmuebles urbanos, vale decir las “tierras de no indígenas” son inmuebles no urbanos.

- el artículo 17 inciso 4º, que se refiere a la constitución de derechos reales de uso sobre porciones de una tierra indígena, señala que tal subdivisión puede hacerse *para los exclusivos efectos de permitir ... su acceso a los programas habitacionales destinados al sector rural.*

Como puede apreciarse, el legislador expresamente estaría restringiendo la excepción a la norma de indivisibilidad al sector rural, lo que más claramente revela su espíritu en cuanto al alcance de la expresión «tierra».

- el artículo 63, que se refiere a las propiedades de las comunidades aimaras, atacameñas, y demás comunidades indígenas

<sup>60</sup> Carmona et al. *op cit.* pág. 111 y siguientes.

del norte del país, distingue tres tipos de inmuebles:

“a) tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forraje;

b) tierras de propiedad de la comunidad indígena ... correspondiente, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas;

c) tierras ... de propiedad de varias comunidades indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso de ganado auquénido.”

Puede apreciarse que se hace referencia a prácticas de ganadería y agricultura que se pueden efectuar solamente en los inmuebles no urbanos: forraje y cultivo, pampas y laderas, pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso de ganado auquénido.

- Respecto de las tierras indígenas de la Isla de Pascua, la ley 19.253 señala la existencia de tierras indígenas urbanas, lo cual se plantea como una excepción, y con un ámbito de aplicación expresamente delimitado, atendido lo cual se debe entender que en la regla general el legislador no contempla las tierras indígenas urbanas.

El artículo 69, ubicado en el párrafo de disposiciones particulares referidas a la etnia Pascuense o Rapa Nui, señala una disposición de particular importancia en su primer inciso, respecto de los pascuenses poseedores de tierras.

*“Para los efectos de la constitución del dominio en relación a los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense poseedores de tierras, la Comisión (de Desarrollo de Isla de Pascua) actuará en conformidad a las disposiciones de los artículos 7°, 8° y 9° del decreto ley n° 2.885 de 1979 ...”*

El decreto ley faculta al Presidente de la República, para otorgar títulos gratuitos de dominio en terrenos fiscales, urbanos o rurales de Isla de Pascua, en favor de chilenos originarios de ella y no originarios, siempre que sean hijos de padre o madre nacidos en la isla y que acrediten domicilio y residencia de 5 años.<sup>61</sup>

Por su parte, el inciso 2° señala respecto de los pascuenses no poseedores de tierra:

*“La Comisión (de Desarrollo de Isla de Pascua) podrá en relación a los miembros de la comunidad rapa nui o pascuense no poseedores de tierra estudiar y proponer al Ministerio de Bienes Nacionales la entrega gratuita de tierras fiscales en dominio ... privilegiando en todo caso el dominio de las zonas urbanas, y demás formas de tenencia en las áreas rurales...”*

<sup>61</sup> Yáñez, op. cit. pág. 147 y 148.

<sup>62</sup> En causa sobre reivindicación rol 23.506 del 2° Juzgado Civil de Temuco, caratulada “Del Canto Ramírez con Catriño” por sentencia de 1° de agosto de 1994 se señaló que había perdido la calidad de tierra indígena un predio urbano ubicado en Tromén, sector Pedro de Valdivia, Temuco, regularizado a través de Bienes Nacionales por la sucesión Carrileo España, y que a su vez provenía de la subdivisión y loteo de la ex comunidad Juan Currín.

En causa rol 1981 sobre inscripción, del Juzgado de Letras de Pucón, se ordenó la inscripción de un bien inmueble por su carácter de urbano, a pesar que la CONADI informó era tierra indígena.

Ninguna de las dos normas puede ser utilizada como argumento concluyente del alcance de la expresión “rural” dentro de la ley 19.253. En un caso se refiere al “sector rural” y en el otro caso es una disposición muy excepcional.

De acuerdo al inciso penúltimo del mencionado artículo, se considerarán tierras indígenas de las comunidades Rapa Nui o Pascuenses aquellas “asignadas a personas de la comunidad rapa nui o pascuense en virtud de textos legales anteriores a la presente ley, cuanto las que se asignen de conformidad a este párrafo, se considerarán tierras indígenas de aquellas contempladas en el N° 4 del artículo 12 ...”. Vale decir, la norma del artículo 69 en su inciso penúltimo reafirma el carácter de excepcional que ya se expresó en los dos primeros incisos, que en suma establecen los únicos casos de tierras indígenas urbanas, referidas solamente a la comunidad rapa nui.

Por todas estas razones se puede afirmar que del contexto y en el espíritu general de la ley, se desprende que la expresión “tierras indígenas” se refiere únicamente a inmuebles no urbanos, salvo las excepciones señaladas. Además, existe alguna jurisprudencia que ya se ha pronunciado de cierta manera rechazando la tesis de la existencia de tierras indígenas urbanas.<sup>62</sup>

Con todo, una vez que se ha señalado el sentido y alcance de la expresión “tierras indígenas” restringiéndolo a inmuebles no urbanos, queda por dilucidar que se entenderá por inmuebles urbanos y no urbanos.

En el Código Civil se han empleado en contraposición a la expresión “urbano”, indistintamente las expresiones “rural” y “rústico”.

En la ley 19.253, se emplea el término “rural” o “rurales” en el artículo 17 inciso 4° y en el artículo 67 n° 2 letra a)<sup>63</sup>; en tanto el artículo 13 inciso 2° y 63 letra a) ya comentados, hablan de situaciones de hecho que pueden aplicarse indistintamente a un inmueble rústico o rural.

A este respecto, se debe intentar una definición de los conceptos jurídicos que involucra determinar la naturaleza jurídica de un inmueble.

La ley general de urbanismo y construcciones en su artículo 52 define “límite urbano” .... “la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal”

De lo anterior, y del mérito de lo señalado en los artículos 55 y 56 del mismo texto, se desprende que la expresión “resto del área comunal” corresponde a terrenos o áreas rurales. Sin embargo, estas definiciones, en el contexto de ser aplicadas al concepto jurídico de tierras indígenas, podrían ser criticables desde varios puntos de vista.

Es necesario considerar que el carácter urbano o rural de un bien raíz depende de la planificación urbana y del uso del suelo, que se rigen en la Ley y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Por lo tanto, si se considera que las tierras indígenas son solamente aquellas que tienen el carácter de "rurales", un inmueble calificado como tierra indígena podría perder esa calidad jurídica solamente a través de una resolución de los órganos pertinentes.<sup>64-65</sup> Por añadidura, el artículo 52 de la ley General de Urbanismo y Construcciones, define lo que se entiende por "límite urbano" ... "para los efectos de esta Ley y de la Ley Orgánica de Municipalidades..." atendido lo cual cabe la duda si se puede extender tal concepto y hacerlo aplicable a la ley indígena.<sup>66</sup>

Por su parte la expresión "predio rústico", aparece conceptualizada en la ley 16.640, que en su artículo 1º lo define como todo bien raíz susceptible de uso agrícola, ganadero o forestal, esté o no situado en sectores urbanos o rurales.

A diferencia del concepto "rural", que en su utilización en la ley general de urbanismo y construcciones, aparece como un concepto fundamentalmente formal, vale decir "fuera del límite urbano", el término "rústico" apunta más bien a la destinación que le corresponde, o sea a la producción de frutos naturales<sup>67</sup>. Pareciera que el concepto de "rústico", desde este punto de vista funcional más que formal, está más acorde con los artículos analizados de la ley 19.253.

Todo lo expuesto provoca que no hay una interpretación uniforme acerca del verdadero sentido y alcance de la expresión "tierras indígenas". Esta dificultad surge principalmente del hecho que el legislador no se pronunció expresamente acerca del alcance que quiso darle a esta expresión<sup>68-69</sup>.

### Las Prohibiciones de la Ley 17.729

La ley 17.729, modificada por los decretos ley 2.568 y 2.750 de 1979, establecieron una prohibición de subdivisión que afectaba a las hijuelas resultantes de los procesos divisorios de comunidades indígenas que se llevaron a efecto entre 1979 y 1993, y una prohibición legal de enajenar establecida en favor de INDAP por el lapso de 20 años. Decía el artículo 26 inciso 2º

*"Las hijuelas cuyo dominio se haya inscrito de acuerdo a las prescripciones de la presente ley, serán indivisibles aún en el caso de sucesión por causa de muerte. Los Conservadores estarán obligados a inscribir de oficio esta prohibición".*  
*"Tampoco podrán enajenarse durante 20 años a partir de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, salvo con autorización expresa del correspondiente Director Regional del Instituto de Desarrollo Agropecuario, la que deberá insertarse en el instrumento que dé cuenta de la enajenación, como asimismo en la inscripción correspondiente. La mencionada autorización sólo podrá concederse ..."*

<sup>64</sup> La planificación urbana consta de cuatro niveles: nacional, regional, intercomunal y comunal. La nacional le corresponde al Ministerio de Vivienda y Urbanismo; la planificación regional corresponde a las Secretarías Regionales de Vivienda y Urbanismo; la intercomunal a los Secretarías Regionales de Vivienda y Urbanismo con consulta a las Municipalidades e Instituciones Fiskales que se sitúan en el sector; y la comunal a las Municipalidades. Artículos 27 y siguientes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

<sup>65</sup> Durante la vigencia de la ley 17.729 esta situación tuvo lugar al interior de la comunidad indígena Francisco Lázaro Marivil, de Huelmo Trivollhue, comuna de Corralnuevo.

<sup>66</sup> El Código Civil utiliza la expresión "rural" a propósito de la finca hipotecada, en el artículo 2432; en tanto el código de comercio lo utiliza en el artículo 388 a propósito del seguro a "año rural".  
<sup>67</sup> Así lo dictaminó la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 26 de junio de 1893. En la misma materia, Alessandri señalaba que los predios rústicos eran los destinados al cultivo agrícola, y predios urbanos, las casas y edificios (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Editorial Jurídica de Chile, 1970, tomo VI pag. 240).

<sup>68</sup> Carmona et al. op. cit. han definido tierra indígena como "aquellos inmuebles de propiedad o posesión de indígenas, que el legislador, por exigirlo el interés nacional los ha calificado de tales, generando mecanismos de protección para ellos." esta definición pone énfasis en el elemento del bien jurídico protegido, pero es insuficiente en cuanto descubre la naturaleza jurídica del inmueble.

<sup>69</sup> Respecto del contenido ideológico del concepto jurídico de Tierra Indígena, ver Hernán Valdebenito C., 1998.

*"Con autorización expresa del Director Regional correspondiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario podrán gravarse o hipotecarse las hijuelas en favor de cualquier organismo del Estado, de instituciones financieras, crediticias o bancarias"*

Con la dictación de la ley 19253, en su título final, artículo 78, queda expresamente derogada la ley 17.729 y sus modificaciones Decretos Ley 2.568 y 2750, con lo cual debe entenderse que perdieron vigor todas las prohibiciones en favor de INDAP, independientemente de quienes sean los titulares de las mismas en la actualidad, indígenas o no indígenas. Dicho de otra manera, si el titular de la hijuela de la Ley 17.729 es mapuche, es libre de vender la tierra a otro mapuche, y sujetarse a las normas imperativas y prohibitivas de la ley 19.253. Si el titular es no mapuche, el predio queda sujeto a la ley común, de pleno derecho.

Algunos Conservadores de Bienes Raíces simplemente permitieron las transferencias de tierras indígenas, entre mapuches, cuando se justificaba que los adquirentes tienen la calidad de indígenas, en tanto otros suponen que aún habiéndose derogado la ley que establecía la prohibición, no tienen facultades de oficio para alzar la prohibición, y para el efecto es necesario recurrir al Juzgado de Letras.

### Los Arrendamientos a 99 años

Durante la vigencia de la ley 17.729, para burlar la prohibición de enajenar y gravar se usó con gran frecuencia el mecanismo de efectuar un contrato de arrendamiento por 99 años de tierras indígenas. Con el mismo fin, se solían celebrar promesas de compraventa, a veces complementarias del contrato de arrendamiento, al finalizar el plazo de 20 años que establecía ese texto, con entrega material inmediata y pago total del precio, y en ocasiones se incluían mandatos irrevocables para la celebración del contrato prometido.

Algunos Conservadores de Bienes Raíces rechazaron la inscripción de estos contratos en el registro de hipotecas y gravámenes aduciendo que el artículo 26 antes citado en su inciso penúltimo se refería expresamente al gravamen, como asimismo porque tales contratos adolecían eventualmente de nulidad absoluta. Lo anterior por cierto no definía la situación puesto que los particulares podían pedir la inscripción a través de los Juzgados de Letras, mecanismo a través del cual forzaban al Conservador a inscribir.<sup>70</sup>

La Jurisprudencia no fue uniforme respecto de la validez de esos contratos, cuando se demandó su nulidad en juicio. En ocasiones se acogió la simulación de contrato prohibido por la ley, se anuló el acto por falta de objeto, se le declaró terminado cuando concurrían las causales legales, o se le dio total validez legal.

Durante la discusión de la ley 19.253, se pretendió que a través del nuevo cuerpo normativo se dejase sin efecto esos contratos, pero finalmente se optó por una solución intermedia, que se plasmó en el artículo transitorio 14 transitorio:

*La Corporación, dentro del plazo de un año contado desde la vigencia de esta ley, deberá entregar al Ministerio de Justicia un estudio acerca de los contratos de arrendamiento actualmente vigentes, suscritos por un plazo superior a 10 años, referidos a hijuelas provenientes de la división de reservas indígenas constituidas en el Decreto Ley n° 4.111 de 1931 y la ley 17.729 de 1972, y sus posteriores modificaciones, con el objeto de determinar si ha existido o no simulación.*

A través de este estudio se habría podido dar lugar a una iniciativa de ley con argumentos más sólidos, además no pareció conveniente adoptar una postura más radical en la propia ley indígena, puesto que el problema, aunque pareciera puntual, tiene muchas implicancias y variables. Además, quedaba la posibilidad que sirviera de fuente doctrinaria para que la Jurisprudencia de los Tribunales abordara los casos sometidos a su conocimiento. El hecho es que la Corporación jamás dio cumplimiento a este perentorio mandato legal.<sup>71</sup>

Atendido el hecho que el artículo 1682 y siguientes del Código Civil establecen plazos de saneamiento de vicios que llegan hasta los 10 años, respecto de la prescripción extintiva extraordinaria. El vicio que comúnmente se alegará para buscar la nulidad de estos contratos se refiere que se trata de actos jurídicos prohibidos por la ley, y su saneamiento se produce en el plazo de 10 años desde la fecha del acto o contrato que se pretende prohibido. Ello implica que por el transcurso del tiempo ya la gran mayoría de estos contratos han saneado el eventual vicio que los afectaba.<sup>72</sup>

## Las Promesas de Venta

Hay que tener presente que los arriendos a 99 años casi siempre se acompañaban de promesas de venta, o aunque a veces se utilizaba tan solo una de las figuras jurídicas, como por ejemplo sólo una promesa de venta.

Respecto de la validez de tales promesas de compraventa de tierras indígenas, si bien se ha sostenido que son perfectamente válidos por cuanto la prohibición de la ley 17.729 se refería a gravar y enajenar, y no a la promesa de celebrar un contrato, por lo que serían perfectamente válidos, el último fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco sobre la materia viene a uniformar el criterio en cuanto a que adolecen de nulidad absoluta.

En lo medular, el fallo de alzada de fecha 18 de julio de 1997 dictada en causa rol ingreso de Corte 1241-96 señala<sup>73</sup>:

“Que, estudiando el contrato de promesa de venta, de lo ya expresado no cabe sino concluir que este adolece de la falta de los requisitos de los numerales 2 y 3 del artículo 1554 del Código Civil. El contrato de venta prometido es de aquellos que la ley declara ineficaces, debido a que necesariamente debía cumplirse con las exigencias del artículo 26 de la ley 17.729, cuales son el contar con la autorización expresa del Director Regional del Instituto de Desarrollo Agropecuario, la que deberá insertarse en el instrumento que dé cuenta de la enajenación. De esta manera, la prometida venta no cumplía, además, con los requisitos del artículo 1810, al faltar la autorización referida queda el bien en la situación de ser su enajenación prohibida, dándole así al contrato prometido la condición de ineficaz ... al faltarle los requisitos que la ley prescribe para su valor, el contrato de promesa de venta es también nulo de nulidad absoluta, conforme lo previenen los artículos 1681 y 1682 ...”

Con todo, respecto de aquellas promesas de compraventa, sobre tierras indígenas, si no ha sido declarada la nulidad por sentencia ejecutoriada podrán hacerse efectivas el próximo siglo, cuando el plazo de 20 años que establecía la ley 17729 comience a llegar a su vencimiento. Algunos abogados sostienen que las compraventas definitivas podrán perfeccionarse, amparadas en que la ley vigente a la celebración del contrato era precisamente la ley 17.729.

<sup>70</sup> En causa rol 2821 del Juzgado de Letras de Villarrica, sobre solicitud de inscripción, el Sr. Conservador de Bienes Raíces de esa ciudad al fundamentar su negativa a inscribir un contrato de arrendamiento y promesa de venta sobre tierras indígenas en el registro de hipotecas y gravámenes, señaló que a su parecer al predio arrendado “le afecta una prohibición legal de gravar y enajenar, considerando el informante que los contratos contenidos en dicha escritura constituyen un gravamen, por privar a su propietario del uso y goce del inmueble ... además, dicho inmueble no está en el comercio, conforme al artículo 1454 n° 1 del Código Civil, todo de acuerdo a la prohibición legal de gravar y enajenar que le afecta ...” En el mismo sentido informó en causas rol 2614 y rol 2877 sobre la misma materia y del mismo Juzgado. En todas las ocasiones el Tribunal ordenó al Conservador que procediera a la inscripción del contrato, en resoluciones de 9 de marzo, 15 de junio y 19 de junio, todas de 1984.

<sup>71</sup> Lo que se hizo fue una recopilación de los contratos de arrendamientos, lo cual obviamente no corresponde a lo que mandaba el texto legal.

<sup>72</sup> Las trunfos electorales de la Concertación de Partidos por la Democracia, de 1988 y 1989 provocaron el casi total desuso de estos contratos, a pesar que solamente en 1995 se puso un límite de tiempo al arrendamiento de tierras indígenas. En efecto, la alianza política triunfante proyectaba ya su propia ley indígena, donde se dudaba de la validez de tales contratos. A lo anterior se sumó que la Jurisprudencia de los Tribunales comenzó a acoger las acciones de nulidad, por lo cual estos contratos ya no ofrecieron ninguna seguridad jurídica.

<sup>73</sup> De acuerdo al artículo 1554 del Código Civil, el cual señala: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1° que la promesa conste por escrito; 2° que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; 3° que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de celebración del contrato; 4° que el ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falte para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban ...”

El fallo de la Corte de Apelaciones le da una interpretación restrictiva al artículo 1554 del Código Civil, lo cual desde ya es una pauta de interpretación general de los contratos de promesa, no solo aquellas que se refieren a las tierras indígenas. La doctrina coincide, así por ejemplo Raúl Díaz Duarte señala “la expresión contratos que las leyes declaran ineficaces, en el sentido amplio que le atribuye el n° 2 del artículo 1554, debe entenderse todos aquellos contratos que no logren hacerse efectivos, o sea, que no puedan producir obligaciones, como los viciados de nulidad”. En el mismo sentido Arturo Alessandri Rodríguez, citado por el anterior, para quien “del carácter excepcional y prohibitivo del artículo 1554, se puede deducir que todo contrato de promesa conlleva una presunción de nulidad, ya que solo es válido cuando concurren determinados requisitos. Por eso en caso de duda sobre su validez o nulidad, el magistrado debe inclinarse por la nulidad del contrato de promesa. (Raúl Díaz Duarte, 1989 pag. 94 y 210)

Para saber la respuesta habrá que analizar lo que establece el artículo 1554 del Código Civil acerca de la promesa de celebrar un contrato, el cual en su circunstancia 3ª exige que se fije la época de celebración del contrato a través de un plazo o una condición suspensiva<sup>74</sup>. Si el contrato de promesa fija la época de su celebración a través de una condición suspensiva, cual será usualmente que el contrato definitivo deba celebrarse al tiempo en que el inmueble se libere de la prohibición de venta de las tierras indígenas, debe entenderse que tal condición ha fallado, por haberse tornado el contrato prometido un hecho moralmente imposible.

En efecto, el artículo 1480 del Código Civil indica que la si condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida, y de ese tipo son las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales.

Si el contrato de promesa fija la época de su celebración a través de un plazo, debemos razonar entonces que se trata de un plazo "incierto pero determinado", porque *puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuando*, la cual es siempre condicional, siguiendo la clasificación de los artículos 1.081 inciso penúltimo y 1.086 del Código Civil. Vale decir, aunque se señale un plazo para su celebración, la obligación de celebrar el contrato será siempre condicional, caso en el cual se deberá aplicar la regla del artículo 1482 del mismo texto:

*"Se reputa haber fallado la condición positiva, ... cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual ha debido verificarse, y no se ha verificado."*

En todos los casos al fallar la condición desaparece el acto jurídico condicional y todos sus efectos se borran, si el promitente vendedor ha ejecutado actos de disposición estos se consolidan, y si el promitente comprador los ha realizado, estos caducan, y si ha impetrado medidas conservativas, desaparecen. Además, el promitente comprador que ha entrado en posesión material del bien raíz deberá restituirlo, y se considerará poseedor de buena o mala fe según las reglas generales.

### **Inmuebles Adquiridos a través del Fondo de Tierras**

Para cumplir el objetivo de dar protección a las tierras indígenas, se han establecido las normas y mecanismos contemplados principalmente en el artículo 13 y siguientes.

No obstante, también es deber del Estado velar por la ampliación de las tierras indígenas, de acuerdo a lo señalado en el inciso final del artículo 1º. Esta función la realiza a través del Fondo de Tierras, institución creada en el párrafo 2º del título 2º, artículo 20 de la ley 19.253.

*"Créase un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación podrá cumplir con los siguientes objetivos :"*

*"a) Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas. Comunidades indígenas o un a parte de éstas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea*

*insuficiente, con aprobación de la Corporación."*

*"Para obtener este subsidio se distinguirá entre postulaciones individuales y de comunidades."*

*"Para las postulaciones individuales el puntaje estará dado por el ahorro previo, situación socio-económica y grupo familiar."*

*"Para las postulaciones de comunidades el puntaje estará determinado, además de los requisitos de postulación individual, por su antigüedad y número de asociados".*

*"Un reglamento establecerá la forma, condiciones y requisitos de su operatoria;"*

*" b) Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de las tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por los títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas";*

*" c) Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso."*

*"El Presidente de la República, en un reglamento, establecerá el modo de operación del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas."*

¿ Tienen la calidad de tierras indígenas las propiedades que se adquieran a través de este Fondo ?

El párrafo 2º se titula precisamente "Del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas" lo que en principio indicaría que las propiedades en comento tendrían la calidad de tierras indígenas. Además, la creación de este Fondo tiene su principio inspirador en el artículo 1º inciso final, que habla de propender a la ampliación de las tierras indígenas.

No obstante lo anterior, lo cierto es que las tierras indígenas están taxativamente señaladas en el artículo 12 de la ley, donde no se incluyen los inmuebles en comento. Además, queda claro del artículo 22 que tienen un régimen jurídico distinto dentro de la ley indígena.

En efecto, los inmuebles adquiridos a través de este Fondo y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas que de la misma manera se adquieran, no pasan a tener, por esta sola circunstancia, la calidad de Tierra Indígena, sino que son tierras no indígenas sometidas a un régimen especial, que los hace sujetos a prohibición por el lapso de 25 años a partir de la época de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, y en lo demás, quedan sujetas a lo establecido en el artículo 13 de la ley 19.253, vale decir, si el titular es una comunidad indígena, no podrán ser arrendadas, dadas en comodato ni cedidas a terceros en uso, goce o administración ; en tanto las de personas naturales indígenas no podrán serlo por un plazo superior a cinco años ; además, a nuestro juicio, también son aplicables a las tierras adquiridas por el Fondo de Tierras y a los derechos de aguas, las normas acerca de la permuta y de los gravámenes. Ello se desprende de la expresión usada al final del inciso, la cual señala que "en todo caso" le serán aplicables las disposiciones del artículo 13.

<sup>74</sup> De acuerdo al artículo 1473 del Código Civil la condición es un hecho futuro que puede suceder o no. El plazo, de acuerdo al artículo 1494 del mismo texto es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación, en tanto que la doctrina lo define como el hecho futuro y cierto del cual depende la exigibilidad o la extinción de un derecho.

Vale decir, si bien no se las considera Tierras Indígenas, al menos en lo que se refiere al artículo 13, que versa sobre la restricción a la comercialización, se las quiere igualar a tal categoría.

No podría ser de otra manera, en el caso de la permuta no podría proceder la devolución del subsidio de que habla el inciso final, por tratarse de una subrogación en que un inmueble ocupa el lugar jurídico del otro; además, se podría llegar al extremo de negar absolutamente el acceso al crédito y aún a constituir una servidumbre de tránsito, con lo cual la exclusión del comercio sería más estricta que tratándose de Tierra Indígena.

Las tierras no indígenas y los derechos de agua para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, no podrán ser enajenadas durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción. Los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de las tierras o derechos de aguas, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley. En todo caso será aplicable el artículo 13.

Con todo, ha de reconocerse que se produce una dificultad de interpretación tratándose de eventuales transacciones entre indígenas, ya que la CONADI está facultada para autorizar los gravámenes y las permutas, con no indígenas.

Tratándose de los inmuebles adquiridos por vía del Fondo de Tierras, las permutas y gravámenes entre indígenas caerían en la prohibición de 25 años, y si nos remitimos a la norma del artículo 13, no hay facultad de CONADI para autorizar permutas o gravámenes entre indígenas.

Con todo, el inciso final establece una situación excepcional en la cual la CONADI puede autorizar la enajenación de tierras o derechos de aguas adquiridos con este Fondo, previo reintegro del subsidio, actualizado.

*“No obstante la Corporación, por resolución del Director que deberá insertarse en el instrumento respectivo, podrá autorizar la enajenación de estas tierras o derechos de aguas previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido, acuatizado conforme al Índice de Precios al Consumidor. La contravención de esta obligación producirá la nulidad absoluta del acto o contrato.”*

La última frase es una reafirmación de las normas civiles que ya se comentaron latamente respecto del artículo 13.

¿Corresponde el reintegro del subsidio tratándose de una venta forzada, en remate judicial o en un proceso expropiatorio ?

No existen razones para suponer que la norma tiene aplicación solamente tratándose de la venta voluntaria. El fundamento de la norma es asegurar al Estado la recuperación de la inversión realizada, al frustrarse en la situación jurídica en comento el objetivo de obtener la ampliación de las tierras, las que irre-

<sup>75</sup> Con todo, aún es posible sostener que tal artículo 22 se refiere solamente a las tierras de no indígenas que se adquieren en virtud de este fondo, quedando las tierras indígenas que se adquieren en virtud del mismo sujetas al estatuto jurídico que les es propio y general de la ley 19.253. En este orden de ideas, la prohibición de 25 años podría no afectar a las tierras indígenas adquiridas con recursos del Fondo, pues ya tienen su propio estatuto jurídico. Ello en último término tendría importancia respecto de los gravámenes y permutas de las tierras adquiridas a través del Fondo.

En su momento se hizo la consulta a Contraloría, que estimó que no debía hacerse distinción. Además, y específicamente en el caso de los subsidios, hay un argumento de carácter cultural: en la costumbre mapuche el hombre no emigra de su tierra, y el linaje o familia extendida se constituye en torno a los varones, pues las mujeres usualmente son las foráneas. Hay extensos sectores de presencia mayoritaria mapuche donde las reales posibilidades de comprar tierra se refieren casi exclusivamente a inmuebles mapuches. Si se exigiera solamente la compra inmuebles de no mapuches, el beneficiario se vería obligado a emigrar y a disminuir sus lazos con su familia o comunidad, pilar de su Cultura.

mediablemente pasarán a otro propietario distinto que el beneficiario indígena. Además, en el caso de la expropiación, en la tasación comercial del inmueble también estará incluida la cuota ideal del inmueble que se pagó con el aporte estatal, por lo que de pagarse por completo la indemnización al beneficiario, sin deducción del subsidio actualizado, se produciría un enriquecimiento sin causa a costa del subsidio estatal. En efecto, tal situación implicaría que el subsidio es transformado y pagado al beneficiario directamente en dinero, sin la correspondiente ampliación de tierras, lo que está reñido con el espíritu de la ley.

¿ Se pueden adquirir con el Fondo de Tierras y Aguas solamente Tierras y Aguas de no indígenas, o es indiferente la calidad jurídica de los bienes adquiridos en este sentido ?

En opinión del autor, el fundamento de la creación del Fondo de Tierras radica en el mandato del artículo 1° en torno a “*propender a la ampliación*” de las tierras indígenas lo que debe traducirse en una mayor superficie en hectáreas de riqueza inmueble para indígenas, lo cual se obtiene adquiriendo precisamente tierras de no indígenas. Además, si bien el artículo 20 habla solamente de adquisición de tierras, sin especificar su calidad jurídica, el artículo 22, que establece la prohibición de 25 años, se refiere específicamente a “*las tierras de no indígenas*”,<sup>75</sup>

Sin embargo, la aplicación que ha hecho la CONADI del texto legal ha sido diversa, y se han adquirido a través de este Fondo, tanto tierras indígenas como no indígenas.<sup>76</sup>

¿ Qué normativa acerca de las tierras indígenas afecta también a las adquisiciones del Fondo de Tierras ?

Como ya se ha mencionado, solamente las normas del artículo 13 referidas a la permuta y los gravámenes. Ello implica que no les son aplicables las disposiciones acerca de la indivisibilidad y excepciones a la indivisibilidad, el derecho real de uso especial, la exención de contribuciones territoriales, las normas procesales y la que se refiere a la sucesión de tierras comunitarias, materias en que se aplica plenamente el derecho civil y procesal común. En el mismo orden de ideas, no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 14 que se refiere al régimen patrimonial del matrimonio cuando existe sociedad conyugal, perteneciendo las tierras o aguas adquiridas a través del Fondo, al haber correspondiente según las reglas del Código Civil. Asimismo, las sanciones civiles aplicables serán la nulidad absoluta o relativa, según el caso.

No obstante, las disposiciones de la ley indígena en relación a la posesión notoria, rigen también en el régimen patrimonial de las Tierras en comentario, cuando a través de tal institución se constituya o reconozca el estado civil de padre, madre conyugal o hijo, que a su vez determina el régimen matrimonial y el orden en la sucesión por causa de muerte. Lo anterior por cuanto el artículo 4 de la ley indígena es una disposición relativa a las personas y no a los bienes, por lo tanto en materia de personas constituye una norma de aplicación general. Ade-

más el estado civil es único e indivisible, por lo tanto no cabría a este respecto distinguir entre tierras indígenas y otros bienes que no tengan tal calidad.

¿ Pueden inscribirse tierras no indígenas adquiridas a través del Fondo de Tierras en el Registro de Tierras Indígenas?

En principio sí, concurriendo los demás requisitos que señala el artículo 15 de la ley indígena y el reglamento respectivo, y con relación al artículo 12 n° 2 y al artículo 12 n° 1 letra e). En tal caso pasarán a tener la calidad jurídica de tierras indígenas.

### Aspectos Constitucionales

Se ha planteado la validez constitucional del artículo 13 en relación al artículo 19 n° 23 de la Constitución Política de la República. Esa disposición asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, y señala que solamente a través de una ley de cuórum calificado puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes "...y cuando así lo exija el interés nacional..."

Desde este punto de vista se estaría afectando la libertad de las personas no indígenas para adquirir el dominio de las tierras indígenas.

El hecho es que en el mismo artículo 13 de la Ley Indígena se fundamenta la protección a las tierras indígenas "... por exigirle el interés nacional ..." con lo cual se estaría ya cumpliendo con la primera exigencia del artículo 19 n° 23 de la Constitución Política.

Respecto del quórum, se ha de tener presente que de la historia fidedigna del establecimiento de la ley consta que los legisladores consideraron que "los artículos 12, 13, 15 y 18 tienen el carácter de normas de quórum calificado, por establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de determinados bienes, en la forma contemplada en el artículo 19 n° 23 de la Constitución Política, en relación con el artículo 63 inciso tercero de la misma"<sup>77</sup>

Las disposiciones citadas fueron votadas por lo tanto como normas de quórum calificado.

Además, el Tribunal Constitucional examinó el proyecto de ley de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 34 inciso 1°, 35 inciso 2° y 37 de la ley 17.997.

Si bien el artículo 13 de la Ley Indígena no estaba entre los preceptos entendidos por el Congreso como orgánicos constitucionales, la aprobación por dicho Tribunal es un pronunciamiento sobre el proyecto de ley en su conjunto, y la única consecuencia que algunas de las normas no hayan sido específicamente examinadas es que se las podría impugnar en su aplicación a través de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de acuerdo al inciso final del artículo 83

de la Constitución Política.<sup>78</sup>

Por otra parte, y visto el problema ahora desde la perspectiva del indígena que pretende enajenar sus tierras, se ha querido ver en el artículo 13 una verdadera expropiación desde el punto de vista que se le estaría privando de una de las facultades del dominio, cual es la de disposición.

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. Esto comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental

Vale decir, el artículo 19 n° 24 inciso 2 dispone que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones que deriven de su función social.

De esta manera, el artículo 13 de la ley indígena estaría encuadrado dentro de lo que se llamaría "Intereses Generales de la Nación", como lo señala implícitamente la misma norma, y entonces en este interés nacional se incluye la preservación de las Tierras Ancestrales en posesión de los indígenas<sup>79</sup>. Desde este punto de vista, no existirían conflictos de constitucionalidad en el artículo 13 inciso 1° de la ley 19.253.

Sin embargo, además se ha sostenido que la norma aludida de la ley indígena tendría el carácter de expropiatoria, atendido el hecho que no solo limita el dominio de la tierra indígena, sino que eventualmente priva al propietario indígena de la capacidad de disposición, al introducirle una limitación que afecta la esencia del dominio e impide su libre ejercicio, lo que contradice el artículo 19 n° 24 inciso 3° de la Carta Fundamental

*"Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador"*

Precisamente se ha pretendido señalar que en virtud del artículo 13 inciso 1 se priva al propietario indígena de la facultad esencial del dominio que es la de disponer, que comprende la enajenación, lo que se corrobora de lo señalado en el artículo 19 n° 26, que asegura a todas las personas:

*"La seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución, regulen o complementen las garantías que esta establece, o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*

La interrogante entonces es si el artículo 13 afecta en su esencia el derecho de propiedad del indígena o le impone una condición que impide su libre ejercicio. Siguiendo a Precht (1997) el autor estima que se trata de una limitación especialísima, pero no una privación en el sentido jurídico del término.

<sup>77</sup> Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas del Senado, de 30 de junio de 1993. La adición al artículo 63 inciso 3° de la Carta Fundamental se refiere al quórum establecido para este caso, que es la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio

<sup>78</sup> "El Tribunal Constitucional examinó la ley indígena en su fallo rol 175 de 24 de septiembre de 1993 y no objetó la constitucionalidad del artículo 13 ..., al no objetar la constitucionalidad del proyecto en los artículos no enviados a control por ser orgánicos constitucionales, es todo el proyecto el que es declarado conforme a la Constitución" (Charge Enrique Precht Pizarro, 1997)

<sup>79</sup> Carmona, et al., op. cit. pág. 125.

No se trata que las tierras indígenas queden fuera del comercio humano, en el sentido del artículo 1464 del Código Civil. Las limitaciones a la capacidad de disposición no son extrañas a nuestro ordenamiento<sup>80</sup>, y menos a las normas históricas de la legislación indígena<sup>81</sup>, las que siempre contemplaron restricciones a la circulación de los inmuebles. Desde este punto de vista, tampoco puede sostenerse que la disposición en comento tenga un carácter de expropiatorio.<sup>82</sup> · 83

## CONCLUSIONES

1.- La norma que más discusión ha generado en el contexto de la ley es aquella que prohíbe la venta de tierras a no indígenas, y ha sido criticada en el sentido que entraba la circulación de la riqueza, y condenaría a los mapuches a la más absoluta pobreza, al impedirseles vender su patrimonio y decidir su destino.

Sin dejar de reconocer cierto fundamento a la crítica, es necesario señalar que ella no proviene precisamente de los mapuches y sus organizaciones, sino de los sectores que se podría denominar «potenciales compradores no indígenas»

Además, la norma prohibitiva se justifica dentro de un contexto de abusos en contra de los indígenas y de pérdida de patrimonio, acaecidos durante la vigencia de varias leyes anteriores que rigieron el tema, y cuyos preceptos menos rígidos que los actuales fueron burlados.

A través del artículo 13 de la ley 19.253 de 1993, básicamente se buscan los mismos objetivos que en las leyes anteriores, solamente que en la actualidad se alude directamente a las facultades del dominio, de manera que se respeta no sólo la letra de la ley sino también su espíritu.

Con todo, es necesario hacer notar que el carácter amplio como está redactado el artículo pertinente, extiende el régimen jurídico de la tierra indígena de una manera que incluso podría ampliarse más allá del concepto de Tierras Ancestrales. Ello ocurre concretamente con la aplicación del decreto ley 2.695 de Bienes Nacionales, que en su espíritu está concebido como una norma de aplicación general, y sobre todo atendido el hecho que muchos de los saneamientos los han efectuado personas indígenas en inmuebles propiedad de particulares.

En efecto, la constitución de la propiedad particular en la región de la Araucanía se fundamentó en el otorgamiento de títulos por parte del Fisco, ya sea a indígenas, a colonos o a través del remate de inmuebles fiscales. Desde este punto de vista, remontarse al título constitutivo nos llevará irremediablemente a un título de origen fiscal.

2.- Con todo, se debe necesariamente aceptar que la prohibición concebida de manera tan absoluta puede llegar a per-

judicar a los propios indígenas, y ello no tanto desde la perspectiva de la enajenación a no indígenas, sino porque restringe el acceso al crédito y limita la calidad jurídica que deben tener los titulares de tierra indígena.

Debemos considerar que en la economía actual, la tenencia de la tierra es insuficiente si no se tiene acceso al crédito, y es tal imposibilidad la que perjudica la condición económica del indígena, que privado de la posibilidad de aportar mayores capitales a su proceso de producción, se ve en condiciones de inferioridad como sujeto económico.

Por otra parte, la producción silvoagropecuaria sólo en cuanto a personas naturales e individuales es otro factor de inferioridad económica, ya que la comunidad indígena como persona jurídica no es un instrumento creado ni adecuado para la producción, sin dejar de mencionar el reducido número de tierras que se encuentran en patrimonio de tales comunidades, tal vez incluso por ese mismo factor.

Además, las sociedades de personas, y especialmente la sociedad de responsabilidad limitada, no se caracterizan por la reunión de grandes capitales, sino por el ánimo de asociarse para un objeto determinado, y donde la persona de los socios es fundamental, siendo tal así que esta figura está siendo utilizada cada vez más para la industria familiar. Sin embargo, los indígenas no tienen acceso a esta institución jurídica, desde el momento en que no pueden aportar la tierra a tales sociedades, restringiendo así su capacidad de acción como sujetos de la Economía. Ello cambiaría positivamente, sin frustrar los objetivos de la prohibición general, con la incorporación de sociedades de responsabilidad limitada, integradas únicamente por indígenas, como titulares habilitados para adquirir tierra indígena.

3.- La ley indígena ha otorgado facultades a la CONADI que influyen directamente en el régimen de propiedad, de manera que la autorización del servicio público es un requisito legal para la validez de ciertos actos.

La CONADI al ejercer estas atribuciones debe observar el cumplimiento de algunos requisitos o condiciones que específicamente señala la ley.

Sin embargo la CONADI ha pretendido el cumplimiento de condiciones más allá de lo que dice la norma respectiva y específica, concretamente si con ello se estuviera dando aplicación al artículo 1º y a las funciones generales que la ley le confiere.

El asunto reviste importancia si consideramos que tal aplicación entra en conflicto directo con el principio de autonomía de la voluntad que informa todo nuestro derecho civil y aun que limitado, también se encuentra presente en la ley indígena. Desde este punto de vista, el artículo 1º debe ser entendido en

<sup>82</sup> El artículo 586 del Código Civil dice que las cosas destinadas al culto divino se regirán por el derecho canónico, el cual establece licencias de la Santa Sede para proceder a la enajenación de tales objetos; la ley n° 17.798 sobre control de armas prohíbe el dominio particular sobre armas "de mayor poder destructor o efectividad", y establece severas restricciones en la materia, a cargo de la Dirección Nacional de Movilización Nacional; el decreto ley 1.939 de 1977 prohíbe la adquisición del dominio o derechos reales en bienes raíces situados en zonas fronterizas a nacionales de los países limítrofes, con la excepción que señala; y el decreto ley 3.516 de 1980, que limita la subdivisión de predios rústicos. Todos los anteriores, citados por Precht, op. cit. son considerados limitaciones al dominio.

<sup>81</sup> Desde 1853 se dispuso la intervención de funcionarios públicos en las enajenaciones de tierras de indígenas. Como tal regulación se estimó insuficiente, en 1874 se prohibió a los particulares de adquirir tierras de indígenas, lo que más tarde se hizo extensiva a otros contratos reales y que duró hasta 1927, año en que se dictó la ley 4.169 que permitió la venta del suelo con la concurrencia de requisitos, como la autorización del Juez, exigencia reiterada por leyes posteriores hasta 1943, año en que se permitió la libre comercialización de las tierras indígenas. En 1947 se restableció la exigencia de la autorización judicial. Finalmente, las leyes 14.511 y 17.729, modificada por el decreto ley 2.568, conservaron a través de distintas fórmulas jurídicas, una circulación restringida de las tierras indígenas.

<sup>82</sup> La existencia de etnias indígenas sería un límite a la soberanía del Estado, de acuerdo al inciso 2º del artículo 5 de la Constitución Política de la República. (Valdebenito, op. cit., pag 37 y siguientes).

<sup>83</sup> Ver Paullette Monnier B. (1996)

toda su profundidad, sobre todo considerando que el servicio público no puede llegar a ejercer facultades de manera arbitraria.

4.- El principio de la igualdad de los sujetos de derecho, se ha relativizado progresivamente con el desarrollo de las distintas ramas de la Ciencia Jurídica, y así por ejemplo encuentra excepciones en el derecho penal, en el derecho laboral, o en la ley de protección al consumidor, donde por mandato del legislador, sea expreso, o que se desprende de su contexto, el sentenciador debe inclinarse por determinados valores, o romper una inferioridad económica o de hecho, lo que implica un beneficio para uno de las partes en el conflicto.

En la actual legislación indígena la tierra y su posesión se consideran como un valor en sí, o como un elemento vital para la parte de los indígenas, y no sólo por su sentido pecuniario o económico. Ello se deriva del propio mensaje de la ley, de su epígrafe y se manifiesta principalmente en los artículos 1, y 13 inciso 1°.

Lo anterior implica que el sentenciador debe tener especial consideración por los principios en el conflicto jurídico, que en el conflicto jurídico están representados por una de las partes, vale decir, se estaría estableciendo un verdadero principio pro indígena.

5.- La dictación de la ley indígena introdujo un elemento personal o subjetivo en el estatuto jurídico de los bienes raíces, lo cual es completamente excepcional dentro del ordenamiento jurídico chileno. En efecto, la calidad personal del titular de la tierra determina las prohibiciones y normas imperativas a que están sujetos los actos o contratos que tengan por objeto esos inmuebles, así como eventualmente la aplicación del derecho consuetudinario indígena.

El sistema de administración de Justicia chileno, con sus órganos incluidos, llámese abogados, notarios, conservadores, y tribunales, se han visto sometidos a la necesidad de afrontar elementos de juicio personales y culturales donde la calificación de las circunstancias queda a su propio criterio.

En efecto, expresiones como «valor similar», «motivos fundados» utilizados respecto de la permuta y de la subdivisión; «apellidos indígenas», «apellidos de no indígenas», utilizados respecto de la calidad de indígena; «provenientes de», utilizada respecto de las tierras indígenas; y la propia expresión «tierras indígenas», por mencionar solamente algunos ejemplos, ponen de manifiesto que la ley debe adquirir mayor precisión a través de los dictámenes administrativos y la Jurisprudencia, puesta la norma a prueba caso a caso.

6.- Una labor tan importante como la anterior corresponde a la investigación científica, a la cual corresponde estudiar y analizar con detalle el derecho indígena, para descubrir sus principios jurídicos, antropológicos y sociales. Conceptos tales como "plusvalía cultural", "Tierras Ancestrales" o la propuesta de nuevas instituciones, como "sociedades indígenas de responsabilidad limitada" o incluso la creación de nuevos principios jurídicos como un "pro indígena" son una tarea pendiente para la abstracción y propuesta jurídica, en un marco interdisciplinario.

## AGRADECIMIENTOS

*«...A mi padre Rodolfo López Neira, quien me inculcó la admiración por el pueblo mapuche»*

## BIBLIOGRAFIA

- ALDUNATE C. (1979) Alonqueo: Estudio de Terratenencia en una Comunidad Mapuche. Ediciones Kultrún, Santiago.
- ALESSANDRI A. (1949) La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago
- ALESSANDRI A., M. SOMARRIVA y A. VODANOVIC. (1993) Tratado de los Derechos Reales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- BARRIOS E., (1998) Posesión Notoria del Estado Civil de Cónyuge en la Ley 19.253. Informe Final de Curso de Tesis, Carrera de Derecho, Universidad Católica de Temuco.
- CASTEL V. (1996) Posesión Notoria de Estado Civil en la Actual Legislación Indígena, Tesis de Licenciatura, Escuela de Derecho, Universidad de Temuco.
- CARMONA S., L. CATALAN, T. POBLETE (1997) Propiedad Indígena Individual Ley 19.253. Memoria de Grado, Escuela de Derecho, Universidad de Temuco
- DIAZ R. (1989) El Contrato de Promesa, Ediar Cono Sur, Santiago, 1989.
- DUCCI C. (1980) Derecho Civil Parte General, Editorial Jurídica de Chile.
- FARON L. (1969) Los Mapuche, Su Estructura Social. Instituto Indigenista Interamericano. México.
- MEZA R. (1984) Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- MONNIER P. (1996) Implicancias Constitucionales de la Ley 19.253. Establece normas sobre
- PINTO J. (1985) La Propiedad Indígena Individual según la ley 17.729 y sus modificaciones, Seminario de Titulación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.
- PRECHT J. (1997) Constitucionalidad del Estatuto Jurídico de la CONADI en referencia al artículo 19 n° 23, 19 n° 24 y 19 n° 21 de la Constitución, Valparaíso.
- STUHLIK M. (1971) El Estado Actual de la Sociedad Mapuche. En Revista Stylo, año VII N° 11.
- STUHLIK M. (1974) Rasgos de la Sociedad Mapuche Contemporánea. Ediciones Nueva Universidad, Santiago
- VALDEVENITO H. (1998) Naturaleza Jurídica de las Tierras Indígenas, Informe Final de Curso de Tesis, Carrera de Derecho, Universidad Católica de Temuco.
- VALENZUELA M. (1992) La Legislación Mapuche y la Política Indígena del Estado Chileno, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- VERA A. (1998) La Prohibición de Arrendar y Vender Terrenos Indígenas ¿Es Una Protección Para el Indígena o Una Carga? Informe Final de Curso de Tesis, Carrera de Derecho, Universidad Católica de Temuco.
- YAÑEZ N. (1990) Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y su Implicancia en el Caso Chileno, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

## **Expedientes Judiciales**

Rol 1063 del Juzgado de Letras de Pucón, solicitud de Inscripción

Rol 62 - P - 96 de la Corte de Apelaciones de Temuco

Rol 1.135 del Juzgado de Letras de Pucón solicitud de inscripción

Rol 1.119 Juzgado de Letras de Pucón solicitud de inscripción

Rol 29.437 del Juzgado de Letras de Lautaro, nulidad de Contrato

Rol 2306 del Juzgado de Letras de Pucón, nulidad de un contrato

Rol 17.436 del 2º Juzgado Civil de Temuco, nulidad de contrato.

Rol 5992 del Juzgado de Letras de Carahue, cobro de mejoras

Rol 42.674 del 1º Juzgado Civil de Temuco, cesación de goce gratuito

Rol 23.506 del 2º Juzgado Civil de Temuco, sobre reivindicación

Rol 1.981 del Juzgado de Letras de Pucón, solicitud de inscripción

Rol 2.821 del Juzgado de Letras de Villarrica, solicitud de inscripción,

Rol 2.614 del Juzgado de Letras de Villarrica, solicitud de inscripción,

Rol 2.877 del Juzgado de Letras de Villarrica, solicitud de inscripción

## **Otras Fuentes**

Ley 4.169 de 1927

Ley 4.802 de 1930

Decreto supremo nº 4.111 de 1931

Ley Nº 14.511 de 1961

Mensaje del Ejecutivo al Parlamento, sesión 39ª de 19 de mayo de 1971

Ley 17.729 de 1972

Decreto ley 2.695 de 1979

Ley 16.640 de la Reforma Agraria

Decreto Supremo nº 150 de Planificación de 1994,

Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Editorial Jurídica de Chile. 1970

Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas del Senado, de 30 de junio de 1993.