Las Tierras Indígenas en la Ley 19.253

Jaime López Allendes*

ABSTRACT

Since 1993, there is a law in Chile that recognises the indigenous 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 to develop 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 property in order to do later 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, recognises the private, individual and community property with and historic and legislative criterion, and lets it safe 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 these families and their 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 native land. We want note technical imperfections to profound difficulties specially related to the fact of the creation of a restrict market which does a damage to the economic value of indigenous property, and finally leading to poverty of this people.

RESUMEN

Desde el año 1993 rige en Chile una ley que reconoce a las étnicas 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 las 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 conjunto 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 Corporación 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 Constitucional 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 Nueva 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 regirieran por la legislación común1. 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.

Revista CUHSO - Volumen Especial - 8

DOI: 10.7770/CUHSO-V0N1-ART208

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

1 "... se optó por desconocer no solo plano y no solo título por cada grupo radical definido para más adelante el reconocimiento de la propiedad individual de cada familia dentro de dichos grupos, existiendo por poseedores de hecho bien definidos de cada individuo mencionado en el título común..." (Obre: Diario Agústica, 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. 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.

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 comunidades como las individuales, y dándole al alcance mayor de lo que fueron las antiguas reducciones. 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 sub división.

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. El establecimiento de este principio se desprende del artículo 1° inciso 1º e inciso 1º de la primera parte, y artículo 7 ambas 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."

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, en los sitios sagrados o ceremoniales que sean de propiedad fiscal; artículo 26 que establecen las áreas de desarrollo indígena, titulado 4 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 51 inciso 1º en sus letras a), b) e i), que señalan como funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, promover el reconocimiento y respeto de las etnias indígenas, comunidades y personas, las culturas idiomáticas, y velar por la preservación y difusión de las etnias indígenas, titulado 5 inciso final, que establece la obligación de los Tribunales de Justicia de contar con traductores de lengua materna; artículo 60 que reconoce los cauces huinches; artículo 63, sobre los distintos tipos de propiedad en las comunidades aimaras, atacameñas y demás de las comunidades, título 86 que reconoce los cauces huinches; artículo 63, sobre los distintos tipos de propiedad en las comunidades aimaras, atacameñas y demás de las comunidades, artículo 71, que permite a las personas rapi, que anteponen el apellido materno al paterno, a solicitar de los padres, o rectificar la partida de nacimiento en el mismo sentido.

Valoración y Protección de la Riqueza Inmueble

El legislador planteo 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 1 inciso 1º parte final e inciso 3º parte final.

---

1. La ley 17.729 de 1972 establece que el tratado no respetaba la comunidad indígena, sino la tierra, pudiéndose entender de buena fe que el artículo se refiere a la tierra y no a la comunidad.
2. El artículo 71 menciona que la propiedad de la tierra es un derecho indisoluble de la humanidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."
3. Para un panorama más amplio y detallado de la situación, véase "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."
4. "... el ser humano" se refiere a la tierra, donde se encuentra el área de reducción de la comunidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."
5. "... el ser humano" se refiere a la tierra, donde se encuentra el área de reducción de la comunidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."
6. "... el ser humano" se refiere a la tierra, donde se encuentra el área de reducción de la comunidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."
7. "... el ser humano" se refiere a la tierra, donde se encuentra el área de reducción de la comunidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."
8. "... el ser humano" se refiere a la tierra, donde se encuentra el área de reducción de la comunidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."
9. "... el ser humano" se refiere a la tierra, donde se encuentra el área de reducción de la comunidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."
10. "... el ser humano" se refiere a la tierra, donde se encuentra el área de reducción de la comunidad, y que la propiedad indígena "la esencia fuente de numerosos problemas y barreras para el progreso de este pueblo."

---

Revista CUHSO - Volumen Especial - 9
... 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 cuáles inmuebles tienen la calidad jurídica de tierras indígenas. Durante el periodo 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, quechua, 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 copulsativas 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.

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.

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 obstan haber sido indígenas en un comienzo, han pasado definitivamente a patrimonio de no indígenas. Ello representa una novedad considerando que la anterior ley indígena, decreto ley 2.568 de 1979, que rige hasta 1993, otorgaba el carácter de tierra indígena a determinadas tierras de acuerdo al título que las amparaba, independiente de si las 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 inutil, debe entenderse como posesión inscripta. 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 las indígenas al menos tener la presunción de dominio. 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 inmobiliar, o en el decreto ley 2.695 de Bienes Nacionales.

Respecto de la expresión «provenientes de» significa que pueden considerarse indígenas aún si el título remoto es uno de...
los que menciona la ley, no siendo necesario que alguno de los títulos mencionados sea el antecedente inmediato de la propiedad 11. 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 una necesidad de una delimitación del ámbito de aplicación de la ley respecto de la calidad de los bienes raíces. Al señalar 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, atendiendo 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 12.

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 Ilustreísima Corte de Apelaciones de Temuco, en Pleno de fecha 2 de mayo de 1990, 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 pudieran tener la calidad de indígenas, requerirán del Archivo de Tierras indígenas una certificación y con su mérito procedan en consecuencia” 13.

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 huiliches principalmente en la actual provincia de Osorno, y perdieron vigencia con las leyes de constitución de la propiedad autral.

En lo modulator, 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 tasen las tierras sobrantes pertenecientes al Estado... que lo actual poseído según ley por los indígenas se les declare en perpetuo 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 14.

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 radicales, 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 15.

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 deslinar los terrenos pertenecientes a indígenas, y expedir un título de merced en favor del indígena o indígena poseedor.

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 dice 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

---

11 Las letras acostumbradas con mayúsculas nos recuerdan los títulos derivados de los antecedentes durante el siglo pasado, por lo que abiertamente no podría existir que fueran el antecedente functionario en comisión, pues en muchos casos se trataba de bienes indígenas, por entender que poseían y usaban parte de un particular, tocaba a ternar con esa calidad si determinaban un indígena.

12 La comisión de Carabineros, por ejemplo, de dos comisiones tenemos, hasta 1865 lo corresponde al Conservador de Vallenar, luego existen como el Conservador de Villarrica, y desde 1990 persiste en la actualidad del título en comisión de Pucón.

13 Véase art. 522 de la ley de 10 de junio de 1990 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Subdirección Nacional Sur: Resolución 12/92, p. 89 de la Carta de Apelaciones de Temuco; y Oficio de 23 de noviembre de 1995 de la comisión de Carabineros, que en su artículo 51 señala que los títulos de comisión se refieren a tierra que es indígena y que se comprende en el concepto de “títulos de comisión”.

14 Los conservadores de mayúsculas los títulos de merced fueron establecidos en la ley del 4 de agosto de 1874 para las colonias, existiendo en las Nuevas Partidas. Véase y Consenso Realización. El comité Nacional y en ellos se detallaba el bienes poseído por el o los beneficiarios, que se detallaban en exceso lo cual es válido a la fecha. Las tierras acompañadas por estos títulos pertenecen de derecho indígena, las mismas fueron acuñadas para distinción de personas no indígenas que modernamente se revoca de legalidad mediante títulos de mérito y sin embargo que hoy se inscriben en los registros de propiedad; en otro grupo de estos se asigna a estos títulos de merced otorgados a partir del 30 de enero de 1893 por la Comisión Realización, (Gómez Cumpas Santos, Lef, y Consenso Realización) son muy importantes en las actuales.

15 El mismo es un problema que no es un criterio para considerar la posesión de indígenas: “la reproducción de costumbres, habitos y pronomazantes” de propiedad del Estado, todos aquellos respecto de los cuales se ha logrado sean posesiones válidas y continuadas de un año a otro o más”. Con esos requisitos se desarrolla la estructura económica de los mapuches, que eran grados en los de nuestra economía y de nuestra economía y de nuestras economías.
que no probaran 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. 16 17

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.


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 a su transformación en propiedades individuales, para lo cual se dictaron las leyes señaladas, las cuales se diferenciaban 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 excepción de los títulos que amparan las hijuelas resultantes de una división de comunidad indígena amparadas por títulos de merced,18 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 colonización obtenida, o simplemente sin hijuela, renunciaban a sus derechos y emigraban para convertirse en colonos nacionales. 19 20 21

16 Los comisiones de ingenieros de 1866 otorgaron 35 títulos de merced entre los años 1868 y 1882; los comisiones de ingenieros de 1873 otorgaron 189 títulos de merced en los años 1873 y 1874.

17 Los comisiones de ingenieros de 1866 otorgaron 35 títulos de merced entre los años 1868 y 1882; los comisiones de ingenieros de 1873 otorgaron 189 títulos de merced en los años 1873 y 1874.

18 La cesionaria en definitiva es el dueño, en último término, de los bienes que comprende el título de merced, en atención a las disposiciones legales que lo rigen.

19 La cesionaria en definitiva es el dueño, en último término, de los bienes que comprende el título de merced, en atención a las disposiciones legales que lo rigen.

20 La cesionaria en definitiva es el dueño, en último término, de los bienes que comprende el título de merced, en atención a las disposiciones legales que lo rigen.

21 La cesionaria en definitiva es el dueño, en último término, de los bienes que comprende el título de merced, en atención a las disposiciones legales que lo rigen.

22 La cesionaria en definitiva es el dueño, en último término, de los bienes que comprende el título de merced, en atención a las disposiciones legales que lo rigen.

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 o otro titular. Aunque en la disposición 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 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 recibían 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 periodo en el tiempo donde se ubica el título 21. 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 omitir a la tierra indígena, así como otras normas sobre saneamiento de la propiedad rústica 22.

Finalmente, los títulos que se mencionan en la letra c) necesariamente deben haber sido otorgados a personas indígenas para que las tierras que ampararon 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
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 concepto, 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 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 tierras indígenas.

Sin embargo, no hay 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 indígenas que tienen esa calidad por estos títulos (de Bienes Nacionales) sobre todo en la comuna de Maleco, 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) posulaba que sólo tendrían la calidad de tierra indígena aquellos bienes raíces que se adquieran 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 bajo la 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 no se hubieran 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 condicionado 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 derecho 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, dejaría 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 si sería aplicable la ley número 19.253 porque el dominio no estaría constituido, y en el fondo el prescriptivo tendría una mera expectativa (artículo 13 de la ley sobre derecho retroactivo de las leyes). Sin embargo, si el plazo de posesión inscrita está completo, y por ende, ya se adquirió el dominio por prescripción.


23 Ver artículo 8° del decreto ley 2.695 de 1979.
24 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 indigena 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 desestima la seguridad, 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." 25

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 la celebración. 26

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, al menos que le esté 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 ser aplicables. 27

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. 28 A juicio del autor esta postura tampoco tiene asidero, ya que el artículo 12 menciona en general términos provenientes de las leyes que indica, y en tales casos específicamente será el título de dominio, por ejemplo, la sen
tudicial jurisdiccional pronunciada en la división de una comunidad indígena, o un acto administrativo, si se trata de una regularización de dominio o la cesión de un terreno fiscal. La sucesión por causa de muerte es en verdad un modo de adquirir, no un título. Si llevamos esa orden de ideas a un extremo, en el caso de que una indígena transfiera un terreno a otro, el título obtenido será de comodato o de escritura pública, y el modo de adquirir la tradición, que tampoco está mencionado en el artículo 12 en comento, lo tan to de aceptarse esta postura, vendríamos al absurdo que, a objeto de burlar la ley, solamente habría que hacer una enajenación entre vivos para que el bien que quedaba perdiera la calidad de indígena.

Pretender que la ley indígena podría tener un problema de efecto retroactivo en este aspecto, sería darle a la norma especifica 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 el 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, atendiendo la calidad de no indígena del propietario anterior. 29

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 regularizan 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
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 territo rio, lo cual se deduce de la mención del título 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 e 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.

1. Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020 de 1962; y N° 16.640 de 1957, ubicadas en las regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que serán calificados por la Corporación.

2. Se trata de los signatarios de parcelas en virtud de las leyes de Reforma Agraria. 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 a 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 paraderos constituirían agrupaciones indígenas de carácter homogéneo.

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

3. Aquellas que históricamente han ocupado y poseen los personales o comunidades mapuches, aimarás, rapa nui o pasquenses, atacameños, quechua, collas, kawakchak y yamanas, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras que crea esa 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 número 1°, por ejemplo, de títulos fiscales onerosos, de compraventa a particulares etc.

Aquí cobra importancia la voluntad de los titulares de los derechos, en tanto que manifiestan su consentimiento para que sus tierras queden sometidas a la legislación especial. ¿A la voluntad de quien 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 decretivos se radicarán sobre el lote producto de la huijuelación, 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 12 de la ley, vale decir, no se trata de tierras que tengan la calidad de indígenas por el solo ministerio de la ley. Aquellas que proveen de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaran en el 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 declaran el derecho en favor del indígena. Debido a que es un derecho 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 reciben 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°.

Pertenecen 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 pasquense 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 ..."
“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, cuando las que se asignen de conformidad a este párrafo, se considerarán tierras indígenas de aquellas contempladas en el No 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 el 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 1º 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 registradas 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 comunidad indígenas, excluyendo a las asociaciones indígenas. El propio artículo 13 incisos 3º y 4º, 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, establece 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.

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 leyes 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 la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en relación a la naturaleza de ellos... son nulidades absolutas”.

32 Carlos Meric Cárce, 1998, 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.

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 establecían los mismos fines y cuyas normas prohibitorias 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. 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 restringir las posibilidades de conferir a terceros no indígenas las facultades inherentes al dominio.

“Oralmente, 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 indígenos, 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 sencillo 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 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 indígenos pudiesen adquirir los inmuebles como herederos.

Sin embargo, en la actualidad además de prohibirse la enajenación de los inmuebles, se señala que solamente los indígenas (sea 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 habilita 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 apellidodo 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 traslaticio, el certificado de nacimiento donde figure que su padre o madre o ambos, tienen apellidos indígena.
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. 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 2° 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 Chañaral, 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 cargo 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 podrían prescindirse postores indígenas. Lo anterior reduce el valor de tasación de 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 cien. 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.  

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

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?

---

15. Por ejemplo, comunidad José del Carmen Coloma en Temuco, comunidad Ignacio Elgueta en Huechuraba; comunidad Carmen Espinoza en Pucón; comunidad Anahí Morales en Lautaro.

16. La ley no dice qué debe entenderse por terreno necesario para la subsistencia de la familia indígena, sola u doble, cuánto superficie debe tener el terreno necesario para la subsistencia de la familia indígena. En nuestra opinión, atendiendo el hecho que una resolución exenta forzó implícito la transferencia a un tercer, que en todo caso deberá ser indígena, se aplica la norma acerca de la indivisibilidad, es decir, nunca el hecho que se esté en garantía como el que se conserva sin garantía debería tener una superficie no inferior a tres herederos. Ello deriva de que, en la práctica, solamente podrán conservar gravamen los indígenas que posean títulos de 6 o más herederos, y aquellos que tengan más de una hijuela.
Es necesario tener presente que de acuerdo al inciso 1° 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 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 contrarrestadas, con indemnización de perjuicios.

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 1° 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 similares valor comercial debidamente acreditadas, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras.

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 regido 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 húmedas 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.

Atendiendo 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 está haciendo una permutación, y no una compraventa encubierta.

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 en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venga 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, 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 de 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 conyuge o mujer con la cual ha constituido familia.
3) La debida acreditación del valor comercial de las tierras a permitir.
4) La superficie de la tierra que será permitida por tierra indígena deberá ser igual o superior, en ningún caso inferior.
5) Debe considerarse la significación cultural de las tierras permitidas.
6) Debe considerarse la opinión de las organizaciones indígenas involucradas.
7) En la eventualidad de existir hipotecas, gravámenes, interdiciones, prohibiciones o litigios pendientes, no se podrá tramitar la solicitud.

Régimen Patrimonial en el Matrimonio

En cuanto al régimen patrimonial en el matrimonio indígena, o más bien dicho, a qué tiene pertenecer la tierra indígena, cuando existe tal sociedad conyugal -si al de la sociedad conyugal...
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 resulte 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 notaria 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 1° en concordancia con el artículo 7.

Sin embargo, en opinión del autor, el artículo 14 debió haberse remitido expresamente a la posesión notaria de estado civil, tal como lo hizo en el artículo 17 inciso penúltimo 1° 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 notaria de estado civil del artículo 4.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4, la posición notaria 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, emanan 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 notaria, produce los mismos efectos jurídicos que el matrimonio civil.

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

No de otro manera podría interpretarse, la ley indígena consagraría desde este punto de vista dos tipos específicos de relaciones jurídicas de familia: una la de la posesión notaria 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 1° parte final de la actual ley indígena, en concordancia lo que dispone el Código Civil en general en materia de posesión notaria.

Para acreditarla bastará la información testimonial de pacientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación sacerdotal 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 rige entre 1979 hasta 1993, estableció que esas hijuelas pertenecían al haber propio del cónyuge propietario, y cómo consecuencia el marido podía vender sin el consentimiento de la mujer. 45

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.

45 Ver sentencia definitiva de fecha 25 de noviembre de 1993 en causa rol 17.416 del 2° Juzgado Civil de Tomémas, conocida “Fonsecaí con Jiménez” sobre calidad de contrato.

Revista CUHISO - Volumen Especial - 21
¿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. 46

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, atendiendo 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. 47

¿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 agravará la nulidad del acto, sin distinguir, por lo que en opinión del autor, se trata de nulidad absoluta, atendiendo 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 qué 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 enjuiciado 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. 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.

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.

---

46 En el proceso de ley, el inciso 6 del artículo 4º señalaba: "En cualquier figura a puente de patronímico se considerará que la titular de las bienes pertenezca al marido y la otra a su mujer o a todas ellas por partes iguales, cuando hayan varios, a menos que conste que los terrenos han sido aportación por uno de los contrayentes." Torreton, los años que, la señora [Marcas Melacenda la objeto, señalando en conclusión, que está redactado en una forma que resulta discriminatoria y desprestigia hacia la mujer, a pesar de las explicaciones ofrecidas por el diputado Teodoro Ribera, quien argumentó que entre los ingenios no existe diferencia en cuanto a la discriminación de los bienes rurales entre la mujer legítima y la que no lo es, entre los hijos legítimos y no, no hay hijos naturales, todos evolucionaron por igual de sus padres. "Garrido Casel Belgrano, 1996, pág. 34 y siguientes.

47 Debemos entender que la familia indígena se conforma de acuerdo a la comunidad indígena cada pueblo, dentro de esta denominación no existe un concepto como separación de bienes o conyugal matrimonio de distinta, pero si se consideran para las implicaciones de la ley indígena vea Elizabeth Barrillos P., 1999.

48 Comunidades et., op. cit., pág. 12.

49 Decreto Supremo n° 150 de 30 de marzo de 1994, del Ministerio de Planificación y Cooperación, fijó el régimen sobre organizaciones y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas, estableciendo los límites que se deben tener, determinando las tierras indígenas que comienzan de los títulos que se inscriben, etc. Decreto legislativo señalando las medidas 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 realicen 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 cuáles 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 30: "El Archivo General de Asuntos Indígenas, a que se refiere el artículo 30, otorgará copia gratuita de los títulos de merced y comisionarios para su inscripción en este Registro Público." 50

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, las 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 refieren a tierras indígenas. 52 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. 53

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 razón estrecha que se establece con el Registro de Tierras, no parece afortunado haberlo 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 fidelitario.

**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 los jefes se dictaron en la ley de 4 de diciembre de 1866, en que se disponía que se procediera a la adjudicación individual sólo cuando el jefe de familia lo solicitaba. La ley 4169 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 1921 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 comunes, quorum 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 comúnero 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 y el 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.

---

50 Ver causa no 5992, constituida "Levío con Levío", del Juzgado de Letras de Caralcaí, en resolución de fecha 23 de abril de 1944, y sentencias recabadas de la Búsqueda: Corte Apelaciones de Tucumán, de 26 de julio de 1944, en rol 685-64. El título en cuestión era una adjudicación a propiedad a una persona mayor de cincuenta años de edad, la última vez de dirección de comunidades.

51 En el mismo sentido, sentencia en causa rol 268-97 de fecha 27 de enero de 1960, de la Corte de Tucumán, en aplegación de sentencia definitiva en causa sobre extracción de rol 294-7 del Juzgado.

52 Puede apreciarse que cuando se señala acceso a los archivos de los Juzgados de Indios y de Letras de Indios, documentación que puede radicar independientemente del momento de inscribir una propiedad en el Registro de Tierras.

53 El artículo 59 de la ley 17.729.

54 El artículo 59 de la ley 17.729.

55 La ley 4.169 de 1927, que creó el Tribunal Especial de División de Comunidades, en el artículo 39 de su reglamento, establecía que la sentencia de dicha división se inscribiría en el Archivo de los Derechos Raíces respectivo y en el Registro de Propiedades del Conservador de Indígenas y anotaría el margen de la inscripción del título de merced correspondiente a este último.

Al suministrarse la Comisión Radicadora y los Protectorados de Indígenas, en virtud del decreto 4.111 de 1921, los archivos pasaron al Ministerio de Tierra 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, a la ley común. El quórum de mayoría absoluta es el mismo que estableció la ley 17.729 de 1972 en su texto original.

La expresión «titulares de derechos hereditarios 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.

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 el 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 de la comunidad, se intentó extender la aplicación de esta norma como un mecanismo de división de las tierras 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 1°, 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 caso de sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, la idea de impedir la sub división 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 provisionales o definitivas, 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 aprobaría y que en definitiva los Tribunales también sancionaron.

Respecto de la redacción misma del artículo, parece imprecisa, puesto que no habla de tierras indígenas, aunque abiertamente la ley deseara limitar el alcance de la norma a ese campo y dejar las tierras resultantes de procesos divisionarios, 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 2° 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 posibilitó 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.

Revista CUHISO - Volumen Especial - 24
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, retierra 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 "in 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 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 de 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 reducción 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.

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 serían 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, aún 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.

¿Qué 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...
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 higueras o lotes resultantes de la subdivisión de predios rurales sujetos a la legislación y, 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 estas 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 el 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, sanear la situación legal frente a la propiedad.

La parte final del inciso, contiene una regla que no se haya 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 habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador 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 sobrevengan después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, si haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende, asimismo, el número de servientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador 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 Hermanos legítimos.

Se excluyen por lo tanto los primos hermanos, tíos y sobrinos. No nos parece afortunada esta limitación, por cuanto debe considerar que la familia mapuche es un grupo pequeño y en donde la familia patrilineal extensa, sobre todo tratándose de mujeres solteras, este lo general integran el núcleo familiar de su hermana. 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.
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 tengan la calidad de indígenas, detenien 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 define 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 expresada dentro del ámbito de la Ley 17.729, y se desprende del contexto de la actual.

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 inscribe 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 constituído 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 cesarse 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 atingente 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 habitadores.

El inciso 4° del artículo 17 la ley indígena nos señala quienes pueden ser usuarios o habitadores, 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 habitadores 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 indígena, por lo que mal puede estar inscrito a favor de alguien, o una sucesión, lo cual supone propiedad privada.

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

*“Igual derecho tendrán las personas que, teniendo la calidad de indígenas, detenten un goce en tierras indígenas indivisas de las reconocidas en el artículo 12 de esta ley.”*

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 nº 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 5° se remite al inciso 4° al señalar “igual derecho tendrán las personas...”

El ámbito de aplicación que señala el inciso 5°, 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 4° y 5° 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 el goce debe necesariamente ser pacífica, situación expresada 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.

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

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, armado en la idiosincracia del mapuche y que por tanto, goza de eficacia dentro de su ámbito de vigencia. En efecto, las investigaciones de Louis Faron (1969), Milán Stuchlík (1971 y 1974), Carlos Aldunate del Solar (1976) y Michelle Romieux (1990), entre otros, concluyen en la existencia de un sistema consuetudinario que rige en la sociedad 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 amparadas por títulos de merced.

---

58 Al hablar de la Ley de “goce” en el inciso 4°, debemos entender que se refiere a una ocupación por cuenta propia. La palabra «goce» no está definida por la Ley 19.252 sino por la anterior ley indígena número 17.729 en su artículo 2° inciso 2°: “Goces son las diferentes porciones de terreno de la reserva ocupadas por una persona que les 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 está ajen a la costumbre jurídica indígena. Además el titular del dominio sigue siendo la persona jurídica, independientemente 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 produjo 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 queden individus 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 título 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 imposible 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 civil a su atoramiento, pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente a la época en que fallece el testador...”

“En la adjudicación y partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regíen 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 adjudicársele si a la época la muerte, apertura de la sucesión, o delación de la herencia, regía la ley común. Si se trata 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. 29

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, confecciones, cuevas de guallamina, apuchetas, 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 cumpliera o existiera 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-

---

29. En apertura de la sucesión. es un hecho conocimiento de la muerte de una persona, y en caso virtual los bienes del difunto pasan a sus sucesores. El momento de la apertura de la sucesión determina la forma de transmisión de bienes a derecho ródico a derecho civil... La fecha de fallecimiento es el momento en que el derecho se origina en la sucesión. La autarquía de la sucesión se produce una vez que se ha producido el fallecimiento del causante.}

Revista CUIHSO - Volante Especial - 29
Cía, 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-INADAP, 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. (6)

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 2° del artículo 13, que establece la posibilidad de gravar las tierras indígenas, señala como un límite que el gravamen no podrá comprimir la casa–habitación de la familia indígena que 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 difundir su condición.

El antecedente inmediato de esta disposición es la letra b) del inciso 2° del artículo 26 de la ley 17729, 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 hijuelar". Durante la vigencia del mencionado cuerpo legal, el DASIN-INADAP 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 19253, 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 4°, 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 habitationales 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 aímares, aúcanas, y demás comunidades indígenas...
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 forrajaje;
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 auquenito.

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

- 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, atendiendo 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 Pascuaense 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 facultó 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.61

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 terrenos fiscales en dominio... privilegiando en todo caso el dominio de las zonas urbanas, y demás formas de tenencia en las áreas rurales..."

61 Otú, op cit págs. 177 y 178.

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 No 4 del artículo 12...". Vale decir, la norma del artículo 69 en su inciso penúltimo reafirma el carácter de excepción 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, salvas 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.62

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 4º y en el artículo 67 n° 2 letra a) 63; en tanto el artículo 13 inciso 2º y 63 letra a) va comentado. 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 involucran 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.

---

61 Otú, op cit págs. 177 y 178.

62 En caso que se refiera al "sector rural" o en el caso que se refiera al "sector rural".

63 Ninguna de las dos normas puede ser utilizada como argumento coherente 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.
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 regíen 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.68 69. 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.66

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 corresponda, o sea a la producción de frutos naturales.67 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 expresión68 69.

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 tierras resultantes del proceso divisionario 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 tierras 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 General del Instituto de Desarrollo Agropecuario, la que deberá insertarse en el instrumento que dé cuenta de la enajenación, como asímismo en la inscripción correspondiente. La mencionada autorización sólo podrá concederse …”

Con autorización expresa del Director Regional correspondiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario podrán gravarse o hipotecarse las tierras en favor de cualquier organismo del Estado, de instituciones financieras, de créditos 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 tierra 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 permiten las transferencias de tierras indígenas, entre mapuches, cuando se justifica 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 advirtiendo 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.70

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 concurrieran las causales legales, o se le dio total validez legal.

---

66 La planificación urbana es el conjunto de actividades, maquinaria, interviniente, que tenían que ser realizadas en la Administración de la Administración. "Considerando la incorporación al Ministerio de Vivienda y Urbanismo de la planificación territorial correspondiente a los Sectores Regionales de Vivienda y Urbanismo, la situación existente con respecto a la Ley Orgánica de Desarrollo Agropecuario. El Artículo 3º de la Ley 19.253 establece que los territorios de los municipios son sujetos a las normas de dicha Ley. 67 La expresión "predio rústico" aparece en el artículo 22 de la Ley 16.640, en el contexto de la definición de "tierra rústica". 68 La expresión "tierras indígenas" se utiliza por primera vez en el artículo 23 de la Ley 16.640. 69 La expresión "tierra indígena" se utiliza por primera vez en el artículo 23 de la Ley 16.640. 70 La expresión "tierra indígena" se utiliza por primera vez en el artículo 23 de la Ley 16.640.
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 bienes 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 parecía 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 surviera 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.

Atendido el hecho que el artículo 1682 y siguientes del Código Civil establecen plazos de sancionamiento de vicios que llegan hasta los 10 años, respecto de la prescripción extinta extraordinaria. El vicio que comúnmente se alegará para buscar la nulidad de estos contratos se refiere a que se trata de actos jurídicamente prohibidos por la ley, y su sancionamiento se produce en 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 sancionado el eventual vicio que los afectaba. Las Promesas de Venta

Hay que tener presente que los arriendos a 99 años casi siempre se acompañan 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 modular, el fallo de alzada de fecha 18 de julio de 1997 dictado en causa rol ingreso de Corte 1241-96 señala:

“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, cuáles son el contar con la autorización expresa del Director Regional del Instituto de Desarrollo Agropecuario, la que deberá inscribirse en el instrumento que de cuenta de la enajenación. De esta manera, la prometida venta no cumplió, además, con los requisitos del artículo 1810; al faltar la autorización referida quedaría 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 estableció 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.

---

71 En causa rol 2821 del despacho de Letras de Villarrica, sobre solicitud de inscripción, se Conservador de Bienes Reales de esa ciudad al fundamentar su requisito a inscribir un contrato de arrendamientos y promesa de venta sobre tierras indígenas en el Registro de Hipotecas y Garantías, señaló que a su parecer el predio arrendado "...se afecta una prohibición legal de gravar y enajenar...", considerado el informe que los contratos contenidos en dicha escritura constituían un gravamen, por prevar a sus propietarios del uso y goce del inmueble...

72 Los tramos electorales de la Constitución de Partidos por la Democracia, de 1968 y 1969 provocaron el caso total dentro de estos contratos, a pesar que seguidamente en 1994 se pasa un fino tiempo de arrendamientos de tierras indígenas. En efecto, la abrumadora publicidad burlona prevenía ya su propia ley indígena, donde se deduce de la validez de tales contratos. A lo anterior se suma que la Jurisprudencia de los Tribunales comenzó a agregar la nulidad de nulidad, por lo cual estos contratos no mostraron ninguna seguridad jurídica.

73 En un acuerdo del 1554 del Código Civil, el corte señaló: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, sólo que convierte las circunstancias siguientes: 1° Que la promesa cumple 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 ello se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten para que sea perfecta, la tradición de la cosa o las voluntades que las leyes prevén.

74 Al fallo de la Corte de Apelaciones le da un tratamiento resumiendo al artículo 1554 del Código Civil, la cual desde ya es una pauta de interpretación general de los contratos de promesa, no solo aquéllos que se refieren a tierras indígenas. La doctrina conocida, así por ejemplo Raúl Díaz Danzt se señala: "La expresión contratos que las leyes declaran ineficaces, en el sentido amplio que le atribuye el n° 2 del artículo 1554, debe entenderse bajo aquellos contratos que no logran hacerse efectivos, o sea, que no puedan producir obligaciones, como los de enajenación de indígenas..." En el mismo sentido Armas, Alesandra Rodríguez, citado por el anterior, para quien: "Estos eran excepcionales y prohibitivos, de tal manera, que de su condición de ineficaces, no podía derivarse que todo contrato de promesa contuviera una penalidad de nulidad, ya que sólo es válido cuando se contuvieran determinados requisitos. Por eso en caso de duda sobre su validez o nulidad, el magistrado debe influirse por la nulidad del contrato de promesa" (Raúl Díaz Danzt. 1989 pp. 91 y 218).
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 3º exige que se fije la época de celebración del contrato a través de un plazo o una condición suspensiva. Si el contrato de promesa fija la época de su celebración a través de una condición suspensiva, la cual será usualmente que el contrato definitivo deba celebrarse si el inmueble se libere de la prohibición de venta de las tierras indígenas, y de otras'a, se entenderá 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 si la condición suspensiva es o se hace imposible se tendrá por fallida, y de ese tipo son las condiciones inductivas a hechos ilegales o innombrables.

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 “incerté 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 promisor y vendedor ha ejecutado actos de disposición estos se consolidan, y si el promisor comprador los ha realizado, estos caducan, y si ha impuesto medidas conservativas, desaparecen. Además, el promisor 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. "Créese 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 estas 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 operatividad."

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 finanzas 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 adquieren 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 promover 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.

---

74 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 en 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, pero tratándose 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 caerán 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, actualizado conforme al Índice de Precios al Consumidor. La contravención de esta obligación producirá la nulidad absoluta del acto a contrato."

La última frase es una reafirmación de las normas civiles que ya se comentaron lataente 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 irreductiblemente 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 pagar 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 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 inmune 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".

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.

¿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 conyuge 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 nº 2 y al artículo 12 nº 1 letra e). En tal caso pasarían a tener la calidad jurídica de tierras indígenas.

Aspectos Constitucionales

Se ha planteado la validez constitucional del artículo 13 en relación al artículo 19 nº 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 exigirse el interés nacional..." con lo cual se estaría ya cumpliendo con la primera exigencia del artículo 19 nº 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, para establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de determinados bienes, en la forma contemplada en el artículo 19 nº 23 de la Constitución Política, en relación con el artículo 63 inciso tercero de la misma" 77

Las disposiciones estatadas 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 1º, 35 inciso 2º y 37 de la ley 17.997.

Sí bien el artículo 13 de la Ley Indígena no estaba entre los preceptos entendiados 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 especificamente examinadas es que se las podría impugnar en su aplicación a través de un recurso de inamovilidad por inconstitucionalidad, de acuerdo al inciso final del artículo 83 de la Constitución Política. 78

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 derivan 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 nº 24 inciso 2 dispone que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones que derivan 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 79. Desde este punto de vista, no existirían conflictos de constitucionalidad en el artículo 13 inciso 1º de la ley 19.253.

Sin embargo, además se ha sostenido que la norma atinada de la ley indígena tendría el carácter de expropiatoria, atendiendo el hecho que no sólo 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 nº 24 inciso 3º de la Carta Fundamental

"Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que reciba de uno de los atributos a 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 nº 26, que asegura a todas las personas:

"La seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución, reglulen 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 impida su libre ejercicio. Siguiendo a Pech (1997) el autor estima que se trata de una limitación especial, sino una privación en el sentido jurídico del término.

---

77 Informe de la Comisión Especial de Asuntos Indígenas del Senado, de 30 de junio de 1994. La adopción al artículo 15 inciso 8° de la Carta Fundamental se refiere al quórum establecido para este caso, que en la materia abarcan de diputados y senadores en ejercicio.
78 "El Tribunal Constitucional sustentó la ley Indígena en su fallo el 27 de abril de 1993, en el que dio la constitucionalidad del artículo 13... al no obligar la constitucionalidad del proyecto en los artículos no enviados a control por ser orgánicos constitucionales, es el que resuelve el que corresponde conforme a la Constitución" (Vista: Enrique Pech Pizano, 1997).
79 Carranza, et al., op. cit., pág. 125.
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 entraña la circulación de la riqueza, y condenaría a los mapuches a la más absoluta pobreza, al impedirles vender su patrimonio y decir 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 regían 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, aunque 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 que 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 de 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 perjudicar 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 específicamente 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 aunque limitado, también se encuentra presente en la ley indígena. Desde este punto de vista, el artículo 1º debe ser entendido en
toda su profundidad, sobre todo considerando que el servicio público no puede llegar a ejercer facultades de manera arbitaria.

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, se ha expresado que se desprende de su contexto, el sentenciador debe inclinarse por determinados valores, o robar 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 1º.

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 introduce 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 la prohibición 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, llámanse 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; «apellido indígena», «apellido de no indígena», utilizados respecto de la calidad de indígena; «provenientes de», utilizados 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»

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI A. (1949) La Nación y la Resolución en el Derecho Civil Chileno, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
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 n° 4.111 de 1931
Ley N° 14.511 de 1961
Mensaje del Ejecutivo al Parlamento, sesión 39° 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.