



# Estatuto jurídico de las tierras mapuche en Chile

## Análisis legal

### Autor

---

Matías Meza-Lopehandía G.

Email:

[mmezalopehandia@bcn.cl](mailto:mmezalopehandia@bcn.cl)

Tel.: (56) 32 226 3965

### Equipo de Trabajo

---

Pablo Huerta

Virginie Loiseau

Paola Truffello

James Wilkins

Elaborado para la Comisión Especial Investigadora de las actuaciones de órganos de la Administración del Estado en relación con la adquisición de tierras indígenas, particularmente en las regiones del Biobío, de La Araucanía, Los Lagos y Los Ríos.

Nº SUP: 121318

### Resumen

---

La Ley de Desarrollo Indígena de 1993 establece un estatuto especial para las tierras indígenas, que son aquellas que el mismo cuerpo legal establece. En lo fundamental, se trata de las tierras que el Estado ha reconocido o cedido a indígenas a título gratuito y que estén poseídas por personas indígenas. Existe cierta discusión en torno a si la posesión requerida debe ser actual, o al momento de entrada en vigor de la ley, aunque tanto la jurisprudencia detectada como la doctrina mayoritaria se inclinan por esta última opción.

Este régimen especial consagra una serie de mecanismos de protección de las tierras indígenas, como el Registro de Tierras Indígenas, o la regulación de las subdivisiones. El principal de ellos es el sistemas de prohibiciones y limitaciones al dominio sobre estas tierras, el que configura un mercado indígena de tierras, en el que los terceros no indígenas no pueden participar (salvo excepciones legales).

Se discute si este sistema permite o no la desafectación de tierras indígenas por vías distintas a la permuta consagrada explícitamente en el cuerpo legal. Los que defienden que se trata de un estatuto real, afirman que las tierras indígenas identificadas por la LDI son a perpetuidad, mientras que los que sostienen que se trata de un estatuto personal, señalan que existirían formas legales para que tierra indígena deje de serlo, a parte de la señalada permuta. Por ejemplo, a través de la adjudicación al cónyuge no indígena en una liquidación de sociedad conyugal.

### Introducción

---

En el contexto del trabajo de la Comisión Especial Investigadora de las actuaciones de órganos de la Administración del Estado en relación con la adquisición de tierras indígenas, particularmente en las regiones del Biobío, de La Araucanía, Los Lagos y Los Ríos, se ha solicitado a la Biblioteca del Congreso

Nacional un informe que la ilustre acerca del sentido y alcance de la calificación de tierras indígenas en la legislación chilena, incluyendo un análisis de la jurisprudencia relevante, en particular la relativa a la compraventa de tierras *mapuche*.<sup>1</sup>

Para ello, este documento se divide en tres secciones. La primera, sitúa la legislación vigente en la materia en su contexto histórico. La segunda analiza dos aspectos particulares de la misma: (i) la definición de tierra indígena; y (ii) su estatuto de protección. En ambos casos, se revisa la literatura disponible y cuando la ambigüedad o vaguedad del texto legal lo exige, se incluyen referencias a la historia del establecimiento de la ley. Asimismo, se hace referencia a la jurisprudencia pertinente que ha podido encontrarse en las fuentes disponibles.<sup>2</sup> En la tercera sección, se presentan dos visiones acerca de la naturaleza del estatuto de tierras indígenas, y la forma en que cada una de ellas resuelve la cuestión del traspaso de tierras indígenas a personas no indígenas.

## I. El origen de la Ley de Desarrollo Indígena

---

Desde el nacimiento de la República, e incluso antes, en la Colonia, las tierras mapuche han estado sometidas a un régimen jurídico especial.<sup>3</sup> Como destaca Bengoa, en Chile., en contraste con los modelos de corte privado en otras latitudes, la cuestión de las tierras *mapuche* ha estado regulada por ley desde sus orígenes. Aunque la legislación ha pasado por periodos que pueden caracterizarse como proteccionistas y otros de liberalización del mercado de tierras *mapuche*, diversos autores sostienen que su objetivo siempre fue la asimilación de la población indígena y la apropiación de sus tierras.<sup>4</sup>

En la década de los años noventa del siglo pasado, al terminar la dictadura militar (1973-1990), comenzó una redefinición de la relación del Estado con los pueblos indígenas. En efecto, el recién elegido Presidente Patricio Aylwin (1990-1994), convocó a la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) para estudiar una nueva institucionalidad y normativa para la protección de los pueblos indígenas.<sup>5</sup> Parte del resultado de esta Comisión, fue la elaboración de un ante-proyecto para sustituir la Ley N° 17.729 de

---

<sup>1</sup> Oficio N° 073-019 [de Abogado Secretario Comisión a Director de la BCN, 19 de junio de 2019].

<sup>2</sup> Para la identificación de la jurisprudencia relevante se realizó una búsqueda en la base de datos vLex respecto de decisiones de la Corte Suprema que citen la Ley 19.253 de 1993 desde el 1 de enero de 2005 a la fecha (96 resultados). Se repitió la búsqueda sin establecer fecha de inicio, obteniéndose 101 un resultados. Luego se revisaron aquellos de fechas anteriores a 2005 (5 resultados). Adicionalmente, se examinó la jurisprudencia asociada al artículo 13 de la misma ley en la base de datos del poder judicial (48 resultados). Todas las sentencias fueron analizadas y los aspectos pertinentes fueron incorporaron al texto. Todas ellas están disponibles en la base de datos del poder judicial. Por motivos de tiempo y espacio, se identifican únicamente aludiendo al tribunal que las dictó y su número de rol y año, lo que permite encontrarlas fácilmente

<sup>3</sup> Una completa recopilación de la legislación indígena en la era republicana en Valenzuela y Oliva (2018).

<sup>4</sup> Bengoa, 2017; Valenzuela, 2018; Vergara y otros, 2005. El estatuto de las tierras mapuche ha mutado en incontables ocasiones, como lo demuestra la recopilación de legislación indígena preparada por Valenzuela y Oliva (2018).

<sup>5</sup> Sobre la CEPI, puede consultarse BCN, 2019.

1972,<sup>6</sup> la que había sido drásticamente modificada por la dictadura del General Pinochet a través de decretos leyes.<sup>7</sup>

La CEPI impulsó un proceso de participación indígena que culminó con un Congreso Nacional Indígenas (CNI) compuesto por delegados indígenas del todo el país, el cual acordó un ante-proyecto de ley indígena que fue entregado al Presidente de la República.<sup>8</sup> A partir de este, el gobierno elaboró el proyecto de ley que fue presentado al Congreso Nacional.<sup>9</sup> Ahí fue modificado a partir de una indicación sustitutiva negociada entre el Ejecutivo y diputados de la oposición.<sup>10</sup>

Tras un intenso debate y algunas modificaciones, el proyecto acordado fue aprobado y se convirtió en la Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena (LDI).<sup>11</sup> En materia de tierras indígenas, la legislación innovó en varios aspectos, al reconocer explícitamente el valor cultural de la misma, extender su protección a todos los pueblos indígenas del país, establecer un mecanismo para adquirir tierras y reconocer la posibilidad de una titularidad individual sobre las tierras indígenas. Además, extendió el reconocimiento del carácter indígena de las tierras a todas aquellas reconocidas o entregadas por el Estado a indígenas y a aquellas que históricamente les han pertenecido. Asimismo, estableció un “submercado” de tierras indígenas,<sup>12</sup> pues solo pueden ser enajenadas entre miembros de una misma etnia, como se revisará en detalle en la siguiente sección.

## II. El estatuto de las tierras mapuche en la legislación actual

---

### 1. Las tierras indígenas

El artículo 12 de la LDI determina qué inmuebles deben ser considerados como “tierras indígenas”, estableciendo cuatro categorías o fuentes de las que emana tal calidad.

<sup>6</sup> La Ley N° 17.729 de 1972 fue elaborada a través de un amplio e inédito proceso de participación indígena. La nueva ley se distinguió, entre otras cosas, por crear un organismo para la promoción de la integración indígena a la comunidad nacional, el que, por primera vez, debía considerar y respetar la cultura indígena. Además, se contempló, también por primera vez, la participación indígena en su dirección. La ley estableció protecciones y prohibiciones sobre la tierra indígena y creó un mecanismo de restitución de tierras indígenas que incluía la expropiación (Meza-Lopehandía, 2018).

<sup>7</sup> El Decreto-Ley N° 2.568 de 1979 fomentó la división de las comunidades de oficio, las cuales una vez liquidadas perdían su calidad de indígenas, al igual que sus ocupantes. Esta última parte fue derogada el mismo año por el Decreto Ley N° 2.750.

<sup>8</sup> BCN, 2019.

<sup>9</sup> El proyecto de ley está contenido en el boletín N° 514-01.

<sup>10</sup> Lamentablemente la historia de la ley solo registra el acta del acuerdo, y no las discusiones que lo precedieron, lo que dificulta la interpretación de esta ley (BCN, 2018a:51-56). El oficio con que se presentó la indicación sustitutiva, señalaba que “su finalidad es recoger los acuerdos que se han producido al interior de la Comisión especialmente el ‘Acuerdo Marco sobre ley Indígena’ suscrito con fecha 13 de agosto de 1992 como aquellas indicaciones presentadas por los señores Diputados y aquellas otras que requieren del necesario patrocinio del Ejecutivo por tratarse de materias de su exclusiva iniciativa” (BCN, 2018a:54).

<sup>11</sup> El ante-proyecto del CNI fue modificado antes y durante su tramitación en el Congreso Nacional. Aylwin (2002 y 2005) destaca los cambios en relación con el reconocimiento de sus derechos territoriales. Aylwin y Yáñez (2013) agregan además la limitación de sus derechos políticos de participación y autonomía, derecho propio. Bengoa (2017) se refiere a la intervención del Tribunal Constitucional que obligó a permitir la creación de nuevas comunidades indígenas en una misma comunidad sociológica. El autor también menciona la rebaja de estándares en materia de protección de los territorios indígenas, incluyendo la consulta previa indígena, y la eliminación del reconocimiento de la justicia indígena durante su tramitación legislativa.

<sup>12</sup> Bengoa, 2017:18.

Artículo 12.- Son tierras indígenas:

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

- a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823.
- b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883.
- c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores.
- d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y
- e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación.

2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

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

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

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.

Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales.

La redacción de la norma apunta a que la enumeración es taxativa, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia judicial y administrativa,<sup>13</sup> aunque parece forzoso agregar las tierras que adquieren tal calidad por permuta, como se explicará al final de esta sección.

A continuación se examina cada una de estas categorías. Estas se agrupan según su fuente, para su mejor comprensión, lo que no necesariamente coincide con la enumeración con que las presenta la ley.

### 1.1 Tierras emanadas de títulos otorgados por el Estado

La primera de estas fuentes se refiere a aquellas tierras que emana de títulos otorgados por el Estado.<sup>14</sup> Este numeral menciona explícitamente los títulos de comisario (letra a) y los de merced (letra b), y en general, las cesiones de domino efectuadas al alero de las distintas leyes dirigidas indígenas (letras c).<sup>15</sup> Esta lista es abierta por el literal (d) del artículo 12 que incluye las “[o]tras formas que el Estado ha usado

<sup>13</sup> Morales Marileo, 2018.

<sup>14</sup> La norma habla de las tierras “provenientes de los siguientes títulos”. López (1999) advierte que las voz “provenientes alude incluso a títulos remotos, sin que sea necesario que el título sea el antecedente inmediato de la propiedad.

<sup>15</sup> López (1999) destaca que no se trataría de los títulos resultantes de la liquidaciones de títulos de merced, las cuales quedarían amparadas en la letra (a), sino que aquellas que fueron entregadas a *mapuche* en calidad de colonos nacionales, en virtud de las leyes.

para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas”. Entre estas se incluyen, a modo de ejemplo (“tales como”), mecanismos de entrega de tierras de aplicación general, como el Decreto Ley 2.695, para la regularización de la pequeña propiedad raíz y el decreto ley 1.939, sobre disposición de bienes del Estado.

De esta manera, la ley reconoce como título indígena todo aquel que el Estado haya utilizado para reconocer propiedad a indígenas, aun cuando se hayan utilizado mecanismos que no fueron especialmente diseñados para entregar o reconocer tierra a indígenas.<sup>16</sup> Aquí cabe señalar que en una sentencia de 2012, la Corte Suprema obvió el carácter abierto de la enumeración de la letra (d) del artículo 12.1 y concluyó que no era aplicable a las regularizaciones hechas en favor de indígenas por la Ley N° 19.776 de 2003.<sup>17</sup>

En cuanto al ámbito geográfico de las tierras indígenas, solo los títulos emanados de la reforma agraria (letra e) están limitados a aquellos entregados en las regiones del Biobío, (Ñuble), la Araucanía, (Los Ríos) y Los Lagos y cuyos beneficiarios “constituyan agrupaciones indígenas homogéneas” y soliciten su inscripción en el Registro de Tierras Indígenas.<sup>18</sup> Los emanados de títulos de comisario y de merced y de cesiones o regularizaciones efectuadas al alero de legislación indígena, tienen implícito el ámbito geográfico donde estos títulos fueron entregados. El caso de la letra (d) es particular, pues como se ha señalado, abarca todas las formas que se han utilizado para asignar tierras a indígenas, por lo que bien podrían haber casos fuera de la zona tradicionalmente reconocida como mapuche. Frente a esto, López defiende la idea de que la interpretación sistemática y fidedigna exige limitar las tierras que pueden ser consideradas como indígenas a aquellas que han sido reconocidas legalmente por el Estado chileno a través de historia o en el derecho vigente.<sup>19</sup> En un sentido similar, Uribe afirma que las tierras que derivan de estos títulos y deben ser consideradas como indígenas son solo aquellas en que dichos mecanismos legales han sido utilizados para sanear “el dominio de tierras que constituían antiguamente comunidades indígenas.”<sup>20</sup>

El segundo elemento exigido para que estas tierras sean consideradas indígenas, es que estén “*actualmente* ocupadas en propiedad o posesión” por personas o comunidades indígenas.<sup>21</sup> Cabe

<sup>16</sup> En este sentido, la Corte Suprema ratificó una sentencia que resolvió que tierras ocupadas por personas indígenas, provenientes de una regularización efectuada en favor de una persona indígena a través del DL N° 2695 son tierras indígenas (Corte Suprema, rol 3.621-2017; en el mismo sentido rol N° 4384-2007:c.6).

<sup>17</sup> Corte Suprema, rol 9.781-2011: c. 16°. La sentencia no mencionó la disposición del artículo 12.4, que se refiere a las tierras que los indígenas reciban a título gratuito del Estado, sin referencia a cuerpos normativos determinados.

<sup>18</sup> Las regiones del Bío Bío y Los Lagos han sido divididas con posterioridad a la Ley N° 19.253, creándose las nuevas regiones de Los Ríos en la parte norte de la región de Los Lagos y Ñuble, al norte de la del Biobío (ley N° 20.174 de 2012 y N° 21.033 de 2017, respectivamente). Tanto la ley N° 20.174 como la 21.033 establecen que las menciones legales hechas a la región original, se entienden hechas a ambas regiones (la original y la nueva) (arts. 11 y 14 respectivamente). Por lo tanto, ambas regiones deben considerarse en el ámbito de aplicación de la letra (e) del artículo 12.1 de la LDI .

<sup>19</sup> López , 1999. El autor estima que debe tratarse de tierras agrícolas y no urbanas aunque la ley no lo explicita. Argumenta aludiendo a diversas normas que disponen para el ámbito rural. De todos modos, parece apuntar a que tierras agrícolas no pueden permutarse por tierras urbanas, y en ningún caso a que el cambio de uso de suelo pueda implicar la desafectación de la tierra indígena.

<sup>20</sup> Uribe, 1994:80.

<sup>21</sup> La “posesión” se referiría a la posesión inscrita (López , 1999).

preguntarse el alcance de la voz “actualmente”, pues podría referirse al momento en que se evalúa la calidad de indígena de una tierra en específico, o al momento de la entrada en vigor de la ley.<sup>22</sup>

Esta cuestión es muy relevante para determinar el alcance del estatuto de las tierras mapuche, toda vez que si se entiende que la exigencia de posesión es *al momento en que se estudia la situación de un predio en particular*, la pérdida de posesión de un predio indígena por parte de indígenas, fuera del mecanismo legal de la permuta autorizada por CONADI, puede conducir a la pérdida del dominio, y consiguientemente a la reducción de la extensión de tierras mapuche en el país. Por el contrario, si se entiende que lo jurídicamente relevante es la posesión indígena de las tierras emanadas de los títulos señalados *al momento de entrada en vigor de la ley*, entonces, el legislador estableció una superficie determinable mínima de tierras mapuche, la cual no puede ser disminuida, salvo cuando CONADI autorice una permuta por tierras de menor extensión (pero de similar valor comercial).

Esta última postura parece haber sido favorecida por la doctrina mayoritaria,<sup>23</sup> y también por la jurisprudencia, que se revisa a continuación.

En una sentencia de 2007, la Corte Suprema parece inclinarse por esta segunda interpretación, al afirmar que:

de acuerdo a lo prescrito en la Ley N° 19.253 [...] se considera tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas *actualmente ocupan en propiedad o posesión* provenientes de los siguientes títulos: [...] de forma tal que *a partir de la promulgación de la aludida Ley N° 19.325 [sic]*, se incluyen, como tierras indígenas, las regularizadas a través del Decreto Ley N° 2.695, motivo por el cual *todas las tierras que tengan la calidad de indígenas, desde esa data*, se les aplica el procedimiento especial contemplado en esa ley.<sup>24</sup>

Con aun mayor claridad se pronunció en este sentido la Corte Suprema en un caso en que revisó la negativa del Conservador de Bienes Raíces de Temuco a inscribir una compraventa, invocando al prohibición de enajenación de tierra indígena. En la oportunidad la Corte señaló explícitamente que lo decisivo era si al momento de entrar en vigor la LDI, la tierra se encontraba o no en posesión indígena:

Que el artículo 12 de la Ley 19.253, precisa que debe entenderse por tierra indígena y al respecto se dice que *si al momento de entrar en vigencia la Ley 19.253 (año 1993), la tierra se encontraba en posesión de una persona indígena, (en este caso de don S.L. y de I.L.L), no pierde dicha calidad por transferencias posteriores.*<sup>25</sup>

<sup>22</sup> La disposición venía incluida en el texto original del mensaje (BCN, 2018a:7), pero la cuestión del alcance de la voz “actualmente”, no parece haber sido abordada en la discusión legislativa. Para López (1999:10), esta busca “desligar del carácter de tierra indígena a aquellas, que no obstante haber sido indígenas en un comienzo, han pasado definitivamente a patrimonio de no indígenas”. En otras palabras, no bastaría con el título indígena, sino que además se requeriría la posesión, lo cual sería una novedad jurídica (en el mismo sentido Aylwin, 2019 y Morales Millaleo, 2018).

<sup>23</sup> Aylwin, 2019; Carmona, 2019a; López, 1999; Morales Marileo, 2018; Uribe 1994. En contra, Rodríguez, 2019a y 2019b. El tema se aborda con más profundidad en la última sección de este informe.

<sup>24</sup> Corte Suprema, rol 4.897-2007:c.2°.

<sup>25</sup> Corte Suprema, rol 6.084-2005:c. 3. Nombres de los actores reemplazados por siglas.

Esta doctrina ha sido reiterada en una sentencia de 2015, relativa a una acción de protección por falta de consulta previa indígena respecto de un proyecto de inversión. Ahí, al descartar el carácter indígena del predio donde se entablaría tal proyecto, señaló:

Para tener tal carácter el primer numeral del artículo 12 de la Ley N° 19.253 exige que las tierras hayan estado ocupadas en propiedad o posesión por personas o comunidades indígenas *al momento de entrada en vigencia de dicha ley*, requisito que no se cumpliría respecto de dicho predio.<sup>26</sup>

Finalmente, el numeral 4 del artículo 12 declara como indígenas las tierras que personas o comunidades indígenas reciban a título gratuito por parte del Estado, abarcando así las situaciones a futuro, como podrían ser las adquisiciones hechas a través del Fondo de Tierras creado por la propia LDI, o las asignaciones hechas por la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua.<sup>27</sup>

Al igual que en el caso de las cesiones, regularizaciones, entregas o asignaciones de tierras indígenas reconocidas en el artículo 12.1.d, la disposición no limita el reconocimiento de la calidad indígena de las tierras a una determinada zona geográfica (como sí lo hace respecto de aquellas de la reforma agraria), ni a aquellas hechas en función de una legislación específica (como lo hace respecto de las reconocidas mediante sentencia). Tampoco la definición legal de persona indígena ni la de comunidad indígena están acotadas a un territorio determinado, por lo que por esta vía podrían constituirse tierras indígenas fuera de la zona tradicionalmente reconocida como mapuche. Lo señalado a este respecto en relación con las tierras del literal (d), también es aplicable aquí.

## 1.2 Tierras históricas

En línea con lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, la LDI reconoce como tierras indígenas aquellas “que tradicionalmente ocupan” los indígenas.<sup>28</sup> En efecto, el numeral 2 del señalado artículo 12 identifica como tierras indígenas “[a]quellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana”.<sup>29</sup>

Adicionalmente, el artículo condiciona la calidad de indígena de tales tierras a “que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad”.<sup>30</sup> La regla general en materia de registro en el RPTI

<sup>26</sup> Corte Supremo, rol 36.728-2015:c. 1.

<sup>27</sup> Sobre este último caso en López (1999). Sobre el estatuto de las tierras adquiridas vía Fondo de Tierras, ver siguiente apartado.

<sup>28</sup> Conforme a la primera parte del artículo 14.1 del Convenio 169, “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

<sup>29</sup> Cabe tener presente que la Ley N° 20.117 de 2006 incorporaron a los diaguitas del norte del país entre “las principales etnias de Chile” reconocidas por el Estado en el artículo 1° de la Ley 19.253, pero no los incluyó en el artículo 12.2 entre aquellos pueblos cuya posesión histórica de tierras da origen a la categoría de tierra indígena.

<sup>30</sup> El artículo 9° del texto original propuesto en el mensaje, establecía las fuentes de la tierra indígena, pero no contemplaba la posesión histórica como fuente de *indigeneidad* de la tierra. Esta fue incorporada mediante la indicación sustitutiva, emanada del acuerdo marco entre los diputados de la oposición y el Ejecutivo antes referido. La propuesta excluía a los *mapuche* de la disposición (para “evitar conflictos o demandas de derechos supuestamente históricos por parte de esta comunidad”, p.194) y no establecía que el registro tenía que ser a

es su carácter declarativo. Sin embargo, en este caso parece tener un carácter constitutivo, esto es, la tierra históricamente poseída por indígenas, adquiere la condición de tierra indígena por la inscripción en el señalado registro.<sup>31</sup>

De esta manera, las tierras históricamente poseídas por indígenas, deben cumplir con tres requisitos para tener la calidad de tierra indígena: (i) estar históricamente vinculadas al pueblo concernido; (ii) estar en posesión de comunidades o personas pertenecientes a dicho pueblos; y (iii) ser inscritas a requerimiento de su titular. En este caso, es claro que la disposición requiere la posesión actual de la tierra en cuestión, pues señala explícitamente que la inscripción debe ser solicitada por los “titulares de la propiedad”.

### 1.3. Tierras restituidas

#### 1.3.1. Fondo de Tierras y Aguas

La LDI, siguiendo los lineamientos del derecho internacional<sup>32</sup> y el antecedente de la Ley N° 17.729,<sup>33</sup> estableció un mecanismo específico para la restitución de tierras y su ampliación: el Fondo de Tierras y Aguas (FTyA). En lo que se refiere a la adquisición de tierras para indígenas, este mecanismo permite otorgar subsidios para comprar tierras a personas, comunidades o parte de ellas, cuando la que posean actualmente sea insuficiente.<sup>34</sup> Asimismo, permite “financiar mecanismos” para “solucionar los problemas de tierras”,

[...] *en especial*, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas.<sup>35</sup>

Esta redacción proviene de la indicación sustitutiva con que el Ejecutivo concretó los acuerdos alcanzados con la oposición en relación con el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.253. El texto originalmente propuesto en el mensaje establecía con mayor claridad el propósito del FTyA, en tanto podía “[p]roponer y desarrollar soluciones sobre las tierras consideradas históricamente como indígenas o transferidas a particulares, provenientes de los Títulos de Merced y/ o reconocidos por Títulos de Comisario y otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas”.<sup>36</sup>

---

solicitud del titular de la propiedad. Ambas cuestiones fueron agregadas en la discusión en particular en la Comisión Especial del Senado (BCN, 2018a:194 y 218).

<sup>31</sup> López (1999), Morales Marileo (2018), Rodríguez (2019a) y Uribe (1994).

<sup>32</sup> El Convenio 169 de la OIT exige la creación de “procedimientos adecuados [...] para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (art. 14.3 Convenio 169).

<sup>33</sup> La Ley N° 17.729 hacía aplicable los mecanismos de la Reforma Agraria para transferir predios expropiados a personas o comunidades indígenas (art. 39).

<sup>34</sup> Art. 20.a. LDI.

<sup>35</sup> Art. 20.b. LDI.

<sup>36</sup> BCN, 2018a:9. Esta propuesta encuentra su origen en el ante-proyecto presentado por el Congreso Nacional de Pueblos Indígenas coordinado por la CEPI. Conforme a este, existía una necesidad de ampliar las tierras indígenas, lo cual debía verificarse tomando en consideración las reivindicaciones de tierras basadas en títulos y cesiones hechas por el Estado a los indígenas (CEPI, 1991:37). Luego, el acta del acuerdo marco aludido arriba, señala como una de las funciones del FTyA “proponer, facilitar, crear y desarrollar mecanismos que permitan

La redacción definitiva precisa que se trata de “financiar mecanismos” para solucionar problemas de tierras y eliminó la referencia explícita a “las tierras consideradas históricamente como indígenas”. Sin embargo, al agregar que se trata “en especial” de aquellos conflictos respecto de los cuales existen títulos entregados por el Estado, dejó abierta la posibilidad de utilizar el FTyA para resolver problemas que tengan un origen distinto a la pérdida de tierras comprendidas en títulos.<sup>37</sup>

Aquí cabe determinar cuál es el estatuto jurídico aplicable a las tierras adquiridas a través del FTyA. De acuerdo al numeral 4 del artículo 12, deberían ser consideradas indígenas, por tratarse de tierras “que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado”. Ahora bien, la misma ley contempla una norma específica respecto del estatuto aplicable a las tierras adquiridas mediante el fondo:

Artículo 22.- Las *tierras no indígenas* y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, *no podrán ser enajenados 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*.

Luego, el artículo faculta a CONADI a autorizar la enajenación de estas tierras, “previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido” reajustado, y se establece la nulidad absoluta del acto que contravenga este requisito.

En primer lugar, la norma parece distinguir entre la adquisición de tierras indígenas y la de tierras no indígenas.<sup>38</sup> La adquisición de las primeras sería más bien excepcional, pues de acuerdo a la propia LDI, para ser considerada indígena, en la mayoría de los casos, la tierra debe estar (o haber estado al momento de entrada en vigor de la ley) en posesión indígena.<sup>39</sup> Por ello, en su operatoria normal, el FTyA financiaría la compra de tierra no indígena para entregarla a personas o comunidades indígenas.

De esta manera, cuando el FTyA financia la adquisición de tierra indígena, estas se mantendrían en el patrimonio indígena y seguirían sometidas al mercado restringido de tierras indígenas.<sup>40</sup> En el segundo

---

solucionar los problemas de tierras”.

<sup>37</sup> De esta manera, el FTyA podría intervenir en conflictos relativos a las llamadas “‘tierras antiguas’, esto es, aquellas que estaban en posesión de los líderes indígenas al momento de la radicación, y que fueron excluidas de los títulos entregados por el Estado, sobre las que se fundaba materialmente la forma de vida de los mapuches” (sobre el concepto de tierras antiguas, ver BCN, 2015:5). En efecto, existen antecedentes sobre adquisición de este tipo de tierras a través del FTyA (Zaror y Lepin, 2016).

<sup>38</sup> Esta disposición se introdujo en el proyecto de ley a través de la indicación sustitutiva que el Ejecutivo presentó a partir del acuerdo marco alcanzado con la oposición. Su redacción definitiva fue propuesta por la Comisión Especial en el Senado, “para precisar el espíritu de la norma”, aunque la modificación fue más bien de técnica legislativa, pues la propuesta original dirigía la prohibición a los adquirentes del predio (“las personas, agrupaciones o Comunidades Indígenas que adquieran”), lo que modificó para darle un alcance general a la prohibición (“las tierras [...] no podrán ser enajenadas”) (BCN, 2018a: 67, 199 y 220)

<sup>39</sup> Un ejemplo de financiamiento de compra de tierra indígena a través del FTyA sería la compra de tierras entre comunidades de la misma etnia. Otro caso sería cuando tierra indígena esté en manos de persona no indígena, como sería de la cónyuge sobreviviente no indígena que hereda tierras indígenas del cónyuge indígena. Ahora bien, si esta tierra es indígena o no, dependerá de si el estatuto de tierras indígenas se entiende como un estatuto personal o como uno real, lo que analizará en la última sección de este informe.

<sup>40</sup> Este mercado está limitado a los indígenas de la misma etnia, salvo permuta autorizada por CONADI (art. 13 LDI). Se analiza en detalle en la siguiente sección.

caso, cuando compra tierra no indígena, estas entrarían a dicho patrimonio por la vía del artículo 12.4 de la LDI arriba referido, y en consecuencia quedan afectas a las restricciones del mercado de tierras indígenas del artículo 13. Adicionalmente, quedarían sometidas a la prohibición de enajenación durante 25 años contados desde su inscripción establecida en el artículo 22, sin perjuicio la autorización que puede dar CONADI, condicionada a la restitución de los fondos.<sup>41</sup> Esta restricción temporal estaría dirigida a las transacciones entre indígenas de la misma etnia, pues las transacciones con terceros no indígenas quedarían cubiertas por el artículo 13. Ese sería el sentido de la expresión “[e]n todo caso será aplicable el artículo 13.” La prohibición de enajenación estaría alienada con prohibiciones similares que pesan sobre los inmuebles adquiridos mediante subsidios habitacionales.<sup>42</sup>

López sostiene una interpretación diversa. Afirma que las tierras no indígenas adquiridas por el FTyA no serían tierras indígenas, por no estar contempladas en el artículo 12 (pero olvida el artículo 12.1.d). Sin embargo, quedarían sometidas a un régimen especial establecido en el artículo 22. Conforme a éste, las enajenaciones estarían prohibidas durante 25 años desde la inscripción, “y en lo demás, quedan sujetas lo establecido en el artículo 13”, que sería el sentido de la sentencia final del inciso primero del artículo 22.<sup>43</sup> Así, quedarían sujetas a las prohibiciones a la regulación de la permuta, de los gravámenes y de los arriendos, comodatos, y cesiones de uso goce y administración. El propio autor reconoce que esta interpretación tiene dificultades.<sup>44</sup>

### 1.3.2. Restitución judicial

La LDI reconoce también como tierras indígenas aquellas que sean declaradas a futuro como pertenecientes a personas o comunidades indígenas, siempre que provengan de títulos otorgados por el Estado o califiquen como tierras históricas, conforme a los artículo 12.1 y 12.2.

Esta disposición parece confirmar que el artículo 12.1 exige la posesión al momento de entrada en vigor de la LDI, pues precisamente por ello, se hace necesaria una disposición que señale que las tierras emandas de tales títulos (del 12.1) restituidas judicialmente también son indígenas. En cuanto al artículo 12.2, cabe recordar que se exige también la voluntad del titular. O sea, no bastaría con la pura sentencia restitutoria.<sup>45</sup>

### 1.4. Tierras no indígenas adquiridas mediante permuta

---

<sup>41</sup> En esta interpretación, la autorización solo correspondería respecto de transacciones sobre tierras adquiridas mediante el FTyA entre indígenas.

<sup>42</sup> La Ley N° 17.635 de 1972 establece que las viviendas adquiridas o construidas con subsidios estatales “estarán afectas a la prohibición de celebrar actos y contratos durante los plazos que se indiquen en los respectivos reglamentos” (art. 29). Así, por ejemplo, el programa fondo solidario de vivienda que otorga un subsidio para la adquisición o construcción de viviendas para el primer quintil de la población, establece una prohibición de gravar y enajenar el inmueble y de celebrar contratos que importe cesión de uso y goce, durante 5 años contados desde su inscripción (art. inciso séptimo Decreto Supremo N° 174 de 2006 Ministerio de Vivienda y Urbanismo).

<sup>43</sup> López, 1999:34.

<sup>44</sup> El párrafo dedicado al FTyA está en el título sobre “reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas, su creación se fundaría en el mandato legal de ampliación de las tierras indígenas y se provocaría la paradoja que respecto de gravámenes y permutas, CONADI tendría facultades para autorizarlas solo respecto de no indígena y no tendría respecto de transacciones entre indígenas.

<sup>45</sup> López, 1999.

Finalmente, cabe mencionar las tierras no indígenas que personas indígenas adquieran a través de una permuta de tierra indígena autorizada por CONADI de acuerdo a las reglas legales, que se analizarán más adelante. Las tierras entregadas pierden su calidad de indígenas, y las obtenidas, adquieren tal calidad.<sup>46</sup>

## 2. Protección de las tierras indígenas

El artículo 1 de la LDI establece el deber social y estatal de “proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”. Como se ha visto, la misma ley determina qué tierras son indígenas. Además, establece el FTyA como mecanismo para la restitución de tierras y su ampliación. Por su parte, el artículo 13 de la LDI establece una serie de restricciones a la libre disposición sobre estas tierras, invocando para ello el interés nacional.<sup>47</sup>

Conforme a este artículo 13, las tierras indígenas “no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.” Para la Corte Suprema, esto

[...] refleja el interés del Estado por proteger lo que se denomina como patrimonio indígena, entendiendo, como lo ha hecho la doctrina y jurisprudencia internacional, “que el derecho a la tierra de los pueblos indígenas del continente es un prerrequisito indispensable para el goce de los otros derechos fundamentales”, en cuanto el territorio ancestral de dichos pueblos correspondería a un legado cultural de importancia fundamental en su cosmovisión, religiosidad e identidad cultural particular [...], idea que es reconocida expresamente por nuestro legislador en el artículo primero de la Ley N° 19.253 en referencia, al reconocer en la tierra “*el fundamento principal de su existencia y cultura*”.<sup>48</sup>

En relación con la constitución de gravámenes, la prohibición es absoluta respecto de la casa habitación y “el terreno necesario para [la] subsistencia” del propietario. El resto del predio indígena puede ser gravado, pero con la autorización previa de CONADI.<sup>49</sup>

Adicionalmente, se contempla una prohibición de arriendo, comodato y cesión de uso, goce o administración respecto de tierras indígenas comunitarias. Las tierras indígenas de propiedad individual, sí pueden ser objeto de dichos actos jurídicos, pero por un tiempo máximo de 5 años.

El artículo contempla la sanción de nulidad absoluta respecto de los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo.

De esta manera, se configura lo que ha sido llamado “sub-mercado” de recursos territoriales indígenas,<sup>50</sup> cuyo principio general es que las tierras indígenas solo pueden ser objeto de negocios jurídicos entre personas y comunidades de la misma etnia indígena.

<sup>46</sup> Cfr. Art. 13 inciso tercero LDI.

<sup>47</sup> Conforme al artículo 19 N° 23 del texto constitucional, para establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes se requiere de una ley de quórum calificado, en función del interés nacional.

<sup>48</sup> Corte Suprema, rol N° 32.006-14:c. 3°. Énfasis en el original.

<sup>49</sup> Art. 13 inciso primero LDI.

<sup>50</sup> Bengoa, 2017:18.

A continuación se revisan en detalle las formas de protección de las tierras indígenas contenidas en el artículo 13 de la LDI y en otras disposiciones del mismo cuerpo legal.

## 2.1. Prohibición de enajenar

El concepto de enajenación en el derecho civil tiene dos alcances. El primero, más general, se refiere a la transferencia de un derecho real del patrimonio de una persona al de otra.<sup>51</sup> En este sentido, la prohibición de enajenar abarcaría desde la transferencia de la propiedad, hasta la constitución de gravámenes.

En un sentido más restringido, la enajenación se referiría exclusivamente a la transferencia de dominio. O sea, una prohibición de enajenar prohibiría los modos de adquirir derivativos entre vivos, esto es, aquellos que suponen el traspaso de la propiedad de una persona viva a otra, como la entrega que hace el dueño de una cosa a un tercero con la intención de transferir el dominio (tradición).<sup>52</sup>

Esta distinción, que tiene significativas consecuencias a la hora de interpretar cláusulas contractuales de no enajenar o prohibiciones legales, carece de mayor relevancia en el caso de la LDI, ya que, como se verá a continuación, el propio legislador se ha encargado de prohibir el embargo y los gravámenes respecto de tierras indígenas. De esta manera, parece claro que cuando el artículo 13 se refiere a que las tierras indígenas “no podrán ser enajenadas” se refiere al sentido estricto del término, o sea, que su propiedad no puede ser transferida por su titular a un tercero por acto entre vivos, salvo las excepciones legales.<sup>53</sup>

Estas excepciones están contempladas en el mismo artículo 13 de la LDI.

En primer lugar, autoriza estos actos cuando se verifican entre personas o comunidades de la misma etnia.

Además, autoriza la permuta de tierras indígenas individuales por tierras no indígenas, siempre que este acto sea autorizado por CONADI. Al respecto, la ley solo exige que se trate de tierras “de similar valor comercial debidamente acreditado”. O sea, lo relevante es que no exista un empobrecimiento significativo desde el punto de vista comercial.<sup>54</sup> Ahora bien, en su reglamentación interna, CONADI ha exigido que la superficie adquirida por esta vía sea “igual o superior, en ningún caso inferior” a la que se

<sup>51</sup> Los derechos reales son aquellos que una persona ostenta “sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (art. 577 CC). De acuerdo a la misma norma, “[s]on derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”. Como explica Peñailillo (2014:20), este “el poder o señorío” sobre una cosa, cuando es total, se denomina dominio o propiedad. Pero también puede estar limitado a solo alguna de las atribuciones del dominio. Esos son los demás derechos reales, como usufructo, las servidumbres, la prenda e hipoteca y el uso o habitación.

<sup>52</sup> También existen los modos originarios de adquirir el dominio, que permiten “adquirir la propiedad independientemente del derecho de un antecesor”, como por ejemplo, la accesión o la ocupación (Peñailillo, 2014:87). En cuanto a la sucesión por causa de muerte, si bien se trata de un modo de adquirir el dominio, no constituye enajenación, pues no transfiere el dominio, sino que lo transmite.

<sup>53</sup> López (1999) concluye lo contrario, señalando que la prohibición debe entenderse en sentido amplio, precisamente porque la ley prohíbe el gravamen, el embargo y la prescripción.

<sup>54</sup> López (1999) agrega que el requisito de similitud de valor comercial busca evitar que se utilice la permuta para encubrir contratos de compraventa.

entrega, en cumplimiento del mandato de protección y ampliación de las tierras indígenas.<sup>55</sup> Además, establece que la operación debe implicar “un mejoramiento sustancial en [el] nivel de vida” del solicitante.<sup>56</sup> El instructivo exige además, entre otras consideraciones, que se tomen en cuenta los intereses colectivos en juego.<sup>57</sup> Por lo mismo, exige tener en consideración la opinión de las organizaciones indígenas concernidas, de conformidad al artículo 34 de la LDI. En esta materia, la Corte Suprema ha elevado el estándar, exigiendo la consulta previa indígena a la comunidad de origen antes e autorizar la permuta.<sup>58</sup>

Como se ha señalado más arriba, la LDI señala explícitamente que la tierra indígena entregada queda desafectada; mientras que la adquirida por indígena adquiere la calidad de indígena. Respecto de la enajenación de tierras indígenas entre indígenas, la ley nada señala. Un análisis del sistema de protección de la tierra indígena, enriquecido con el estudio de la historia de la ley, apunta a que las tierras objeto de estas operaciones entre indígenas mantienen su calidad de tales.<sup>59</sup>

## 2.2. Prohibición de embargo

### 2.2.1. Alcance del concepto de embargo

El concepto embargo se asocia normalmente a la función que este cumple dentro del Procedimiento Ejecutivo reglado en el Código de Procedimiento Civil. En términos generales, este consiste en “la aprehensión, material o simbólica de uno o más bienes -de cuya tenencia y administración el ejecutado se ve normalmente privado- para afectarlo a las resultas de un juicio ejecutivo”.<sup>60</sup> Esta concepción restringe el embargo al ámbito de los efectos propios del ejercicio del derecho general de prenda del acreedor,<sup>61</sup> función que la doctrina ha denominado “embargo ejecutivo”. En su sentido amplio, el concepto de embargo considera también una función cautelar, que se manifiesta en las medidas conservativas reconocidas en el citado código destinadas, principalmente, a “mantener intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan de él los bienes que lo forman, a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación”.<sup>62</sup> Tal sería el caso, por ejemplo, de medidas como el nombramiento de interventor y la prohibición de celebrar actos y contratos, entre otras.<sup>63</sup>

La doctrina parece inclinarse por el concepto amplio de embargo. Tavolari postula que la prohibición de enajenar una cosa genera por sí sola su inembargabilidad, configurándose lo que denomina “casos de

<sup>55</sup> Art. 8 Res. Ex N° 582/1997 que aprueba instructivo interno sobre Proceso de autorización de solicitudes de permutas de Tierras Indígenas.

<sup>56</sup> Art. 3 Res. Ex. N° 582/1997.

<sup>57</sup> Cfr. arts. 4 y 9 Res. Ex. N° 582/1997.

<sup>58</sup> Carmona, 2019b. Cabe mencionar que el proyecto original de la LDI exigía en su art. 13.c la consulta frente a cualquier forma de enajenación (BCN, 2018a:488).

<sup>59</sup> En el mismo sentido, López (1999). Sin embargo, al menos en una sentencia relativamente reciente, la Corte Suprema ha afirmado lo contrario. Ha señalado que la tierra indígena vendida a otro indígena pierde la calidad de tal, por cuando el título traslativo de dominio compraventa no está considerado en el artículo 12 de la LDI como aquellos que dan origen a la tierra indígena (Corte Suprema, rol 82.474-2016. Neiquel vs Sealand Aquaculture [casación en el fondo]).

<sup>60</sup> Sección elaborada por el analista James Wilkins en conjunto con el autor.

<sup>61</sup> Tavolari, 2000:168.

<sup>62</sup> El artículo 2.465 del Código Civil dispone que “[t]oda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618.

<sup>63</sup> Ríos, 2004:130.

<sup>64</sup> Ríos (2004) sostiene que las medidas a las cuales puede someterse un bien no son taxativas y pueden ser tantas como la imaginación lo permita, siempre que se apoye en una resolución judicial que lo ordene.

inembargabilidad implícita”.<sup>64</sup> Apoyándose en los trabajos de Verdugo y Claro Solar, Ríos afirma que el concepto de embargo alcanza a las cosas que son objeto de medidas precautorias que signifiquen prohibición de enajenar, como el secuestro o la retención, pues si su enajenación ha sido prohibida, tendrían la naturaleza de bienes no enajenables, por lo que no sería necesario declarar su inembargabilidad.<sup>65</sup>

Cabe preguntarse cuál es el alcance de la prohibición de embargo contenida en la LDI, pues puede referirse únicamente al embargo ejecutivo, o incluir también la denominada función cautelar. Si se aplica lo que ha elaborado en general la doctrina en materia de embargo, se debe concluir que dicha prohibición alcanza también a las medidas conservativas, pues como se ha visto, ambas cuestiones se entienden incluidas en dicho concepto.

Una conclusión similar se alcanza si se atiende a la finalidad de la prohibición, esto es, a proteger el patrimonio territorial indígena. Tanto el embargo ejecutivo como las demás medidas conservativas buscan sacar temporalmente del tráfico jurídico ciertos bienes de un deudor para que responda con ellos ante sus acreedores. En otras palabras, su finalidad es asegurar el bien para su transferencia al acreedor o su realización, esto es, para sacarlos del patrimonio del deudor. De ahí que la misma razón que tendría el legislador para prohibir el embargo ejecutivo, sirve para justificar que la prohibición alcanza a las medidas conservativas. Ahora bien, tanto la transferencia directa del bien embargado al acreedor, como realización mediante subasta supone una enajenación del bien. Como se ha visto, esta está prohibida por la misma ley, respecto de personas que no pertenecen a la misma etnia.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse cuál fue la intención del legislador al incluir una prohibición específica del embargo, pues la protección de patrimonio territorial indígena parece suficientemente servida con la prohibición de enajenar.

Por un lado, hay que tener presente que el embargo por sí mismo no implica enajenación, sino que esta se produce solo con la adjudicación o realización del bien. Como se ha sugerido más arriba, el embargo en su sentido amplio, se produce por orden de un juez, con el objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación, sea derivada de un derecho real o de uno personal. Respecto de lo primero, como se verá más adelante, la LDI contempla la posibilidad de gravar tierra indígena en favor de un tercero no indígena, siempre que se cuente con la autorización de CONADI. O sea, la tierra indígena puede ser hipotecada, lo que implica que puede ser objeto de remate en una eventual ejecución forzada. Ahora bien, en el remate solo podrían participar postores indígenas de la misma etnia, pues la adjudicación del bien supone enajenación, la cual está prohibida con no indígenas.<sup>66</sup> Lo mismo puede decirse del embargo derivado de la garantía general a los acreedores.

Lo anterior sugiere que la inclusión del embargo entre las prohibiciones de la LDI, apunta a la protección de la persona indígena, pues si se buscara únicamente la protección de la tierra, bastaría con la prohibición de enajenación, de manera que el remate o adjudicación del bien embargado quedase

<sup>64</sup> Tavorari, 2000:171.

<sup>65</sup> Ríos, 2004.

<sup>66</sup> López, 1999. El texto original de la Ley 17.729 de 1972 establecía explícitamente que en “la subasta judicial de tierras indígenas o de acciones y derechos que incidan en ellas, *sólo podrán participar como postores los indígenas que trabajen personalmente tierras indígenas y las cooperativas campesinas.*” (art. 13)

siempre en manos de otro indígena o comunidad de la misma etnia. Como se verá a continuación, esto es coherente con la lógica de la inembargabilidad en el derecho común.

### 2.2.2. La inembargabilidad

La regla general es que los bienes sean embargables, cualquiera sea su clase o naturaleza. Por contrapartida, la excepción es la inembargabilidad de los mismos.

La legislación nacional no define inembargabilidad. Ríos, buscando una definición comprensiva de ambas funciones, proponerle entenderla como

[...] una institución jurídico-procesal que genera una situación extraordinaria establecida por ley, por medio de la cual en determinados casos, ciertos bienes pertenecientes a un deudor o parte de estos, se sustraen de la responsabilidad patrimonial universal que aquel contrae al obligarse, y escapan a la persecución y realización que pueden ejercer sus acreedores.<sup>67</sup>

En este sentido, se ha afirmado que se trata de un beneficio para el deudor, y como tal sería renunciable.<sup>68</sup> Ahora bien, esto no parece aplicable a las disposiciones de la LDI, en particular, a aquellas que miran a la protección de las tierras indígenas, pues estas han sido adoptadas “por exigirlo el interés nacional ” y no solo en atención al “interés individual”.<sup>69</sup> Ahora bien, como se ha explicado arriba, la inembargabilidad establecida en la LDI parece también proteger a la persona indígena, y no solo el patrimonio territorial indígena, pues prohíbe el embargo en favor de persona no indígena aun cuando no suponga la transferencia del dominio de la tierra.

El Código de Procedimiento Civil dispone en el artículo 445 un catálogo de bienes que se exceptúan del embargo a objeto de evitar que el deudor “se vea privado de sus más elementales medios de subsistencia”.<sup>70</sup> No se trata, sin embargo, de un catálogo taxativo. Así se deduce del numeral 18 de este artículo, que señala que no se pueden embargar “[l]os demás bienes que leyes especiales prohíban embargar”.

Así como ocurre en otras leyes especiales respecto de determinados bienes, la LDI excluye expresamente a las tierras indígenas de la órbita persecutora del acreedor. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otros casos de inembargabilidad en nuestra legislación, no hay mayor desarrollo doctrinario sobre el alcance de esta excepción.

### 2.3. Prohibición de gravamen

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, la voz gravamen se refiere a (i) “carga”, o a (ii) “carga impuesta sobre un inmueble o sobre un caudal”.<sup>71</sup> El Código Civil utiliza estas dos acepciones. Por

<sup>67</sup> Ríos, 2004.

<sup>68</sup> De acuerdo al artículo 12 del Código Civil, “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

<sup>69</sup> Casarino, 2010.

<sup>70</sup> Casarino, 2010:70.

<sup>71</sup> RAE, 2014.

ejemplo, la entiende como carga en general cuando define el contrato gratuito, en el que solo una de las partes sufre el gravamen.<sup>72</sup> En el segundo sentido, lo utiliza, precisamente, para referirse a los derechos reales como las limitaciones al dominio.<sup>73</sup>

De ahí que cuando se habla de un gravamen respecto de un bien, se refiere a los derechos reales que se tienen respecto de aquel, esto es, a los derechos que se tienen sobre una cosa, que no alcanzan a ser propiedad.<sup>74</sup>

En este sentido, cuando la LDI prohíbe gravar las tierras indígenas sin autorización previa de CONADI, lo que hace es prohibir la constitución de derechos reales sobre tierras indígenas en favor de terceros no indígenas.

Aclarado lo anterior, surgen dos cuestiones. Primero, determinar si la norma prohíbe tanto la constitución de derechos reales mediante acuerdos entre las partes (convencional), como aquellos que vienen establecidos por ley (legal).

Sobre este punto, existe al menos una sentencia en que la Corte Suprema se pronunció sobre el alcance de esta prohibición, en relación con la imposición de una servidumbre legal de tránsito sobre un predio indígena.<sup>75</sup> En dicho caso, la Corte sostuvo que la prohibición de gravar tierra indígena en relación con las servidumbres establecida en la LDI “no puede sino referirse a servidumbres que han sido contractualmente convenidas y no a aquéllas legalmente previstas y que han sido establecidas por el ministerio de la justicia”.<sup>76</sup> En otras palabras, según esta interpretación, la prohibición no alcanzaría a servidumbres impuestas por ley. Ahora bien, parece haber cierta uniformidad en cuanto a que las servidumbres legales y voluntarias constituidas en tierras indígenas con anterioridad a la vigencia de la LDI mantienen su vigencia.<sup>77</sup>

La segunda cuestión es determinar bajo qué condiciones CONADI puede autorizar el gravamen. Aunque la ley no lo establece explícitamente, su mandato incluye velar por la protección de las tierras indígenas, promover su adecuada explotación y equilibrio ecológico, cuestiones que habrá de ponderar a la hora de decidir la eventual autorización un gravamen.<sup>78</sup> La práctica de los primeros años de vigencia de la LDI, muestra que CONADI ha autorizado hipotecas que caucionan créditos con el Banco del Estado.<sup>79</sup>

<sup>72</sup> Art. 1440 CC.

<sup>73</sup> Cfr. art. 732 (limitaciones al dominio); 733 (fideicomiso como gravamen); y 820 (servidumbre como gravamen) el CC.

<sup>74</sup> Cabe tener presente que se discute si es correcto sostener que los derechos reales constituyen una relación entre una persona y una cosa y se propone concebirlas como una “obligación pasivamente universal” (*erga omnes*). En otras palabras, se trataría de una obligación que recae sobre todos los terceros respecto de la persona que tiene el derecho. También se discute si los derechos reales son desmembraciones del derecho de dominio o se constituyen fuera de él (Penailillo, 2014).

<sup>75</sup> De acuerdo al Código Civil, el dueño de un predio incomunicado tiene derecho a imponer una servidumbre a los que le impiden el acceso al camino público, previo pago de la indemnización que corresponda (art. 847 CC). Asimismo, existe la obligación de conceder la servidumbre de tránsito sin indemnización cuando un predio queda separado del camino como consecuencia de dos actos jurídicos: (i) cuando se enajena una parte del predio (subdivisión); (ii) cuando se adjudica una parte del predio a quien lo poseía proindiviso (adjudicación) (art. 850 CC).

<sup>76</sup> Corte Suprema, 2006: c. 3<sup>1</sup>.

<sup>77</sup> Corte Suprema, rol 19.811 y CS: rol 5.570-13:c°9.

<sup>78</sup> Art. 39 letra (e) y letra (f) LDI.

<sup>79</sup> Naturalmente, si el Banco quisiera realizar la hipoteca, las bases del remate deberían indicar que sólo indígenas y

## 2.4. Prohibición de adquirir por prescripción

### 2.4.1. Reglas generales

El Código Civil admite la prescripción adquisitiva como uno de los modos de adquirir el dominio entre vivos.<sup>80</sup> Esta opera sobre la base de la posesión, eso es, tener la cosa con ánimo de señor y dueño, sumado al transcurso del tiempo, más otros requisitos legales.<sup>81</sup> En cualquier caso, no opera de pleno derecho, el juez puede declararla de oficio, por lo que siempre quien quiere aprovecharla, debe hacerlo judicialmente.<sup>82</sup>

Cuando la LDI señala que las tierras indígenas “no podrán ser [adquiridas] por prescripción”, excluye este modo de adquirir el dominio respecto de tierras indígenas. En otras palabras, si un tercero posee tierra que, de acuerdo a la LDI es indígena, no podrá adquirir el dominio del predio por esta vía.

### 2.4.2. Reglas especiales para la regularización de la pequeña propiedad raíz

La posesión de los bienes inmuebles se prueba y ejerce a través de la inscripción respectiva en el Conservador de Bienes Raíces. Por lo mismo, para que cese la posesión inscrita de una persona, es necesario que se cancele la inscripción respectiva y para adquirir por prescripción contra un título inscrito, se requiere de otro título inscrito.<sup>83</sup>

Ahora bien, el Decreto Ley N° 2.695 de 1979 modifica estas reglas respecto de la pequeña propiedad raíz, en tanto admite adquirir la posesión regular de dichos inmuebles mediante la posesión material (no inscrita), continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad por al menos cinco años, siempre que no exista un juicio pendiente sobre el dominio.<sup>84</sup>

El DL excluye de su ámbito de aplicación “a la tierras indígenas regidas por la Ley N° 17.729”.<sup>85</sup> Esta fue derogada por la LDI y el DL no contiene normas explícitas respecto de esta cuestión en particular.<sup>86</sup> Sin embargo, en una sentencia reciente, la Corte Suprema señaló que el DL 2.695 no sería aplicable a la propiedad indígena “por disposición expresa contenida en el artículo 8”,<sup>87</sup> aunque anteriormente había declarado la derogación orgánica de la Ley N° 17.729, por lo que el señalado artículo 8 no tendría

---

comunidades de la misma etnia del propietario del inmueble podrían hacer posturas (López, 1999)

<sup>80</sup> Se discute si se trata de un modo de adquirir originario o derivado (Peñailillo, 2014).

<sup>81</sup> En el caso de la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles, por regla general, es de cinco años, cuando hay posesión regular; y de diez años, cuando esta es irregular. Además, existe una prescripción especial en el Decreto Ley 2.695 de 1979 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz que también opera en un año, y lo hace incluso contra título inscrito.

<sup>82</sup> Art. 2493 CC.

<sup>83</sup> Cfr. arts. 686, 696, 702, 724, 726, 728, 729 a *contrario sensu*, 730, 924 y 2505 del CC.

<sup>84</sup> Art. 1, 2 y 4 DL 2.695. El artículo 8° de este Decreto establece que dichas normas “no son aplicables a la tierras indígenas regidas por la Ley 17.729”.

<sup>85</sup> Art. 8 DL 2.695.

<sup>86</sup> Art. 78 LDI.

<sup>87</sup> Corte Suprema, rol 38.317-2016:c.5

objeto.<sup>88</sup> Meses después declaró exactamente lo contrario.<sup>89</sup> En una sentencia más reciente ha señalado que tratándose de tierra indígena, debía aplicarse el procedimiento del artículo 56 de la LDI y no el DL N° 2.695.<sup>90</sup>

En cualquier caso, el propio DL señala que el procedimiento que consagra tiene la finalidad de reconocer a los solicitantes “la calidad de poseedores regulares de dichos bienes *a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción*”, con lo que resulta claro que se trata de un mecanismo para adquirir por prescripción, lo cual es precisamente lo prohibido por la LDI respecto de tierras indígenas. En consecuencia, la prohibición también alcanza al procedimiento consagrado en el Decreto Ley N° 2.695.

## 2.5. Prohibición de arrendamiento, comodato y cesión de uso, goce o administración

La LDI establece una prohibición total de arrendamiento, comodato y en general, de cesión de uso, goce o administración de tierras indígenas comunitarias. Al mismo tiempo, autoriza estos actos respecto de tierras indígenas individuales, pero limitando su duración a un máximo cinco años.

La inclusión de esta disposición fue acordada a partir del acuerdo marco entre el Ejecutivo y la oposición.<sup>91</sup> La historia de la ley apunta a que su objetivo era evitar la práctica de los arrendamientos de tierra indígena de largo plazo,<sup>92</sup> a través de la cual se obviaba la prohibición de enajenación incluida en la legislación anterior, aunque sin afectar la vigencia de los contratos ya celebrados.<sup>93</sup> Esto último, y la prohibición de ejecutar las promesas de venta sobre tierras indígenas, ha sido ratificado por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el último tiempo, sin perjuicio de que existen decisiones en el sentido contrario.<sup>94</sup>

Ahora bien, la misma Corte ha señalado que esta prohibición alcanza a la cesión actual de los derechos de estos contratos de arrendamiento de largo plazo. Ha fundado su decisión atendiendo a que dichos contratos generarían derechos asimilables a los derechos reales, por lo que sus efectos se regirían por la

<sup>88</sup> Corte Suprema, rol 4.384-2007.

<sup>89</sup> “Ahora bien, el inciso 1° del artículo 78 de la Ley N° 19.325 [sic: debe decir N° 19.253] [...] dispuso la derogación de la Ley N° 17.729 y sus modificaciones, de manera tal que la referencia contenida en el citado inciso 1° del artículo 8° del Decreto Ley N° 2.695, debe entenderse efectuada desde esa fecha, precisamente, a la Ley N° 19.325 [sic] (Corte Suprema, rol 4897-07:c. 3°).

<sup>90</sup> Corte Suprema, rol 9581-2013.

<sup>91</sup> BCN, 2018a:51.

<sup>92</sup> Estos contratos eran a 99 años y solían incluir una promesa de compraventa una vez cumplido el plazo legal de prohibición de venta (BCN, 2018b).

<sup>93</sup> Entre los antecedentes recopilados por la Comisión Especial para el Estudio de la Legislación de Pueblos Indígenas, se destacó que el Decreto Ley 2.568, contemplaba una prohibición de venta por 20 años, lo que “no impidió otras fórmulas tales como el arrendamiento por 99 años, fórmulas a través de las cuales los nuevos propietarios individuales en la práctica pierden su derecho sobre la tierra que les es adjudicada” (BCN, 2018a:40-41). En la discusión en Sala, el diputado García Ruminot se refirió a esta cuestión: “Muchas veces hemos visto que se arrienda por 99 años y, en muchas ocasiones, como consecuencia de la mala intención, los indígenas finalmente son despojados de sus tierras. Con esta norma se subsana el punto y nadie podría, en lo sucesivo, arrendar por más de cinco años. En todo caso hay que ser claro en esto, los arrendamientos por 99 años actualmente en vigor no serán alterados. La ley se refiere a las futuras enmiendas a partir de su promulgación.” (BCN, 2018a:106; en un sentido similar, senador Lavanderos, p. 267).

<sup>94</sup> BCN, 2018b.

LDI, conforme a lo señalado en la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes.<sup>95</sup> Además, permitirlos violaría el interés nacional en evitar que las los indígenas pierdan sus tierras.

Tabla N° 1. Actos jurídicos entre indígenas y terceros sobre tierras indígenas referidos en el artículo 13 Ley 19.253.

Item	Tierras comunitarias	Tierras individuales
Compraventa	Prohibida	
Permuta	Prohibida	Permitida con autorización de CONADI (tierras de similar valor comercial, que pasan a ser indígenas)
Embargo	Prohibido	
Gravamen (derechos reales) voluntario	Prohibido respecto de casa-habitación y terreno necesario para subsistencia  Permitido en los demás casos, previa autorización de CONADI.	
Gravamen (derechos reales) legal	Discutido	Discutido
Adquisición por prescripción	Prohibido	Prohibido
Arriendo	Prohibido	Permitido hasta por cinco años
Comodato	Prohibido	Permitido hasta por cinco años
Cesión de uso, goce o administración	Prohibido	Permitido hasta por cinco años

Fuente: elaboración propia

## 2.6. Regulación de la subdivisión de tierras indígenas

<sup>95</sup> Corte Suprema, rol 89.636-2016:c. 7. Dicha ley establece que los derechos reales se rigen por la ley vigente, a diferencia de los derechos personales, que se rigen por la ley vigente a la fecha de celebración del contrato del que emanan.

La regla general en materia de división de predios rústicos está contenida principalmente en el Decreto Ley N° 3.516 de 1980,<sup>96</sup> el que establece, en su artículo 1, que los terrenos pueden ser divididos por su propietarios en lotes cuya superficie no sea inferior a 0,5 hectáreas.

Por su parte, la LDI consagra la regla contraria, esto es, la indivisibilidad de las tierras indígenas y establece reglas especiales para la división de tierras mapuche.<sup>97</sup>

La normativa distingue tres situaciones: (i) la división de tierras provenientes de títulos de merced; (ii) las tierras resultantes de liquidaciones efectuadas en el marco del Decreto Ley N° 2.568; y (iii) la división de comunidades de hecho realizadas conforme a la LDI.

Respecto de las primeras se exige de la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios soliciten la división al juez, quien debe resolver sin forma de juicio y aplicando el derecho consuetudinario mapuche, y en subsidio, la ley común.<sup>98</sup>

Respecto de las hijuelas resultantes de estas divisiones y las demás señaladas arriba, la ley las declara indivisibles, salvo autorización especial de Juez previo informe favorable de CONADI, aunque en ningún caso pueden ser inferiores a 3 hectáreas.<sup>99</sup> De acuerdo a la práctica asentada en los primeros años de funcionamiento de la LDI, en dicho informe CONADI verifica que el adjudicatario sea indígena, que exista un motivo calificado (liquidación de comunidad o transferencia a un tercero) y que se respete el área mínima.<sup>100</sup>

## 2.7. Sanción a la contravención

Como se ha señalado más arriba, la LDI establece la nulidad absoluta de los actos jurídicos que se celebren en contravención a su artículo 13. La nulidad es la sanción civil frente a la omisión de un requisito legal establecida para la validez de un acto jurídico.<sup>101</sup>

Cuando se trata de una causal de nulidad absoluta, esta puede ser declarada de oficio por el juez si está manifiesta en el acto que se revisa. Asimismo, puede ser solicitada por cualquier persona interesada, salvo la que celebró el acto a sabiendas, y se sanea al transcurrir al menos diez años de su celebración.<sup>102</sup>

En relación con la legitimación activa para alegar la nulidad, la Corte Suprema ha señalado que, tratándose de una nulidad absoluta y “atendida la fuerza que entraña tal precepto [las prohibiciones del

<sup>96</sup> También hay normas aplicables en el Código Civil, relativas al destino de las servidumbres del predio dividido. Cfr. arts. 826 y 827 CC. .

<sup>97</sup> Esto implica que las excepciones a esta regla general deben interpretarse restrictivamente (Corte Suprema, rol N° 32.006-2014:c. 4°).

<sup>98</sup> Excepcionalmente, se admite la solicitud por motivos calificados de un titular residente para que se le adjudique su porción o goce sin liquidar la comunidad, perdiendo así sus derechos hereditarios sobre el título común restante.

<sup>99</sup> También se admite la división y enajenación para construcción de locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos (art. 17. LDI).

<sup>100</sup> López, 1999.

<sup>101</sup> Crt. art. 1681 CC.

<sup>102</sup> Art. 1683 y 1684 CC.

artículo 13]” el juez está autorizado a declarar la nulidad de oficio, por lo que es irrelevante que la parte demandante haya conocido el vicio al momento de celebrar el acto”.<sup>103</sup>

En relación con el carácter manifiesto del vicio, la Corte ha señalado que tratándose de una sesión de derechos hereditarios donde la causante tenía apellido mapuche, no era lícito que el Tribunal declarase de oficio la nulidad, pues no era posible inferirlo de la sola lectura de la escritura de compraventa, que no aludía a un terreno en particular.<sup>104</sup> Más recientemente, aplicó un criterio similar a una compraventa de tierra indígena, señalando que dicha calidad no era evidente en la escritura de compraventa, sino que se requería analizar los títulos para concluir que se trataba de tierra indígena. Por ello, el juez no podría declararla de oficio.<sup>105</sup>

Aquí cabe preguntarse por el alcance del saneamiento del acto, transcurridos los diez años exigidos conforme a las reglas generales. Por ejemplo, considérese un arrendamiento celebrado después de la entrada en vigor de la LDI, que recae sobre un predio indígena individual, por un plazo de 99 años. El arrendador fallece en el décimo primer año de contrato, ¿qué acción tendría su sucesión para recuperar la tenencia del predio?<sup>106</sup>

Conforme al artículo 13 del la LDI, se trataría de un contrato prohibido, pues estos no pueden exceder los cinco años. En consecuencia, el contrato sería nulo, al menos en lo que excede a los cinco años de duración. No cabe duda que se trataría de una nulidad absoluta, tanto por tener objeto ilícito,<sup>107</sup> como por contravenir las disposiciones el señalado artículo 13. Ahora bien, como habrían transcurrido diez años, el contrato estaría saneado, conforme a las reglas generales descritas. Así, si se intenta un desahucio, o una acción de precario, el arrendatario podría invocar su contrato saneado.<sup>108</sup> Ahora bien, podría alegarse que por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, la nulidad se actualiza permanentemente

Cuestiones similares surgen respecto de las prohibiciones relativas a la transferencia de dominio. Transcurridos diez años desde la celebración e inscripción de un contrato de compraventa ilícito, sobre tierra indígena, ¿qué acción tendrá el dueño o su sucesión para recuperar la posesión? La acción disponible es la reivindicatoria, que corresponde al dueño no poseedor contra el que posee la cosa, la cual no prescribe mientras se retenga el dominio. Si bien el nuevo titular de la inscripción no puede reclamar la adquisición por prescripción, por expresa prohibición del legislador, sí podría reclamar la validez de su título saneado, y reclamar haber adquirido por tradición.

## 2.8. El Registro Público de Tierras Indígenas

Como se ha señalado más arriba, existe un mandato legal general dirigido al Estado para "proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su

<sup>103</sup> Corte Suprema, rol 4.384-2007:c.7°. En el mismo sentido, Corte Suprema rol 6.570-2008.

<sup>104</sup> Corte Suprema, rol 11.58-2001.

<sup>105</sup> Corte Suprema, rol 7.168-2017:c. 10.

<sup>106</sup> Cabe tener presente que la Corte Suprema tiene jurisprudencia constante en orden a señalar que la inhabilidad para invocar un vicio de nulidad absoluta a quien conocía o debía conocerlo, no alcanza a su sucesión (Corte Suprema, rol 7168-2017:c. 2 [sentencia de reemplazo]).

<sup>107</sup> Hay objeto lícito “en todo contrato prohibido por las leyes” (art. 1466). Conforme al 1682, la “nulidad producida por un objeto o causa ilícita” es absoluta.

<sup>108</sup> Existen decisiones del máximo tribunal en tal sentido. Por ejemplo, Corte Suprema, rol 1500-2016.

ampliación”.<sup>109</sup> Por su parte, el Convenio 169 establece la obligación de “determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.<sup>110</sup> Esta obligación tiene su correlato en las funciones de CONADI, las que incluyen, entre otras, la mantención de un Registro Público de Tierras Indígenas (RPTI).<sup>111</sup>

El registro funciona como un mecanismo gratuito de publicidad y prueba acerca del carácter indígena de la tierra inscrita, complementando así las formas de protección de la tierra indígena de la LDI:

Artículo 15.- 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”.<sup>112</sup>

Más adelante, la ley aclara que este Registro funciona “sin perjuicio de la legislación general de Registro de la Propiedad Raíz”, produciéndose así un paralelismo entre ambas instituciones.<sup>113</sup>

Su propósito, de acuerdo a lo señalado por CONADI en su página web oficial, “es mantener un catastro actualizado de consulta permanente”, de manera de poder “dimensionar el territorio indígena para asumir la ejecución de programas y proyectos, además de focalizar recursos de inversión pública y subsidios hacia la población indígena a lo largo del país”.<sup>114</sup>

El registro es elaborado por la CONADI, y contiene un libro repertorio y otro de registro. En el primero, se anotan los títulos que se presentan, y en el segundo, se registra la propiedad, y las subinscripciones con el tipo de acto, el nombre de las partes y la fecha del mismo.<sup>115</sup>

La base de este registro es son las inscripciones vigentes en el Archivo General de Asuntos Indígenas, a las que hace referencia el reglamento respectivo.<sup>116</sup> Además, la ley autoriza a CONADI a denegar la inscripción “por resolución fundada”, de lo que se desprende que la inscripción procede también a petición de parte.<sup>117</sup> Es más, algunos títulos sólo pueden inscribirse a petición de parte, como se desprende de la enumeración de las tierras indígenas en el artículo 12.<sup>118</sup>

<sup>109</sup> Art. 1 LDI.

<sup>110</sup> Art. 14.2 C169.

<sup>111</sup> Art. 39.f. El registro tiene su origen en el mensaje presidencial, el cual era concebido como el continuador legal del Archivo de Tierras Indígenas dependiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario (BCN, 2018a).

<sup>112</sup> Énfasis añadido. El carácter gratuito de las inscripciones y certificaciones que emanen del registro está en el artículo 8 del reglamento del RPTI contenido en el Decreto Supremo N° 150 de 1994 MIDEPLAN.

<sup>113</sup> Morales Marileo, 2018.

<sup>114</sup> CONADI, s.f.

<sup>115</sup> Art. 5 DS 150/1994 MIDEPLAN.. Los títulos se inscriben en un libro donde se individualiza el predio y sus deslindes; la fecha de la inscripción; la identificación de las partes, incluyendo la comunidad de origen; la naturaleza del título y ubicación del original; y la firma y timbre del encargado (art. 7 DS N° 150/1994 MIDEPLAN).

<sup>116</sup> Art. 4 DS 150/1994 MIDEPLAN.

<sup>117</sup> Art. 15 LDI.

<sup>118</sup> Conforme a este, son indígenas tierras indígenas “1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: [...] e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, *inscriban en el Registro de Tierras Indígenas*, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación. [...] 2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o

Como se ha sugerido, la inscripción es, en general, meramente declarativa,<sup>119</sup> salvo en los casos en que el propio artículo 12 la exige para que la tierra sea considerada indígena.<sup>120</sup>

Para mantener actualizado el registro, el mismo artículo 15 establece la obligación de los Conservadores de Bienes Raíces (CBR) de enviar copia al RPTI de las inscripciones que realice y “que recaigan sobre los actos o contratos, a que alude el artículo 13 de esta ley”, los que se anotan en el repertorio y se subinscriben en el registro respectivo.

Aunque la redacción de la disposición es poco afortunada, se refiere a que el CBR debe informar la inscripción de los actos permitidos por el artículo 13, esto es, los actos jurídicos que recaigan sobre tierras indígenas entre personas y/o comunidades de la misma etnia y otros autorizados por CONADI y que cumplan con los demás requisitos que exija la ley.<sup>121</sup>

Como contrapartida, el reglamento del RPTI establece la obligación de CONADI de remitir anualmente a los CBR respectivos una nómina de las tierras indígenas que estuvieren comprendidas en los casos previstos en el artículo 12 de la Ley N° 19.253.<sup>122</sup>

De esta manera, se busca configurar un sistema registral complementario al sistema que llevan los Conservadores de Bienes Raíces y que estuviera sincronizado en algún grado, particularmente para facilitar las transacciones permitidas e impedir aquellas prohibidas.<sup>123</sup>

Sin embargo, cuando la Comisión Investigadora que encargó este estudio solicitó a los CBR que informaran acerca de la cantidad de tierras indígenas desafectadas en los territorios bajo su competencia, todos indicaron que no contaban con la información indexada o desagregada, y señalaron que la misma debía estar en CONADI.<sup>124</sup> Lo anterior evidencia que el grado de coordinación es, a lo menos, bajo.

---

comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

<sup>119</sup> La Corte Suprema ratificó una sentencia de primera instancia que señala que “la calidad de tierra indígena proviene de la ley, y no de que esté o no inscrita en el Registro Público de Tierras Indígenas.” (1er JLC de Osorno, V-81-2016;c. X, ratificada en Corte Suprema, rol 3.621-2017).

<sup>120</sup> En este sentido López (1999), Morales Marileo (2018), Rodríguez (2019a) y Uribe (1994) consideran que las tierras del art. 12.1.e y las del 12.2 no son indígenas por el solo ministerio de la ley, sino que requieren la inscripción en el RPTI.

<sup>121</sup> En efecto, el CBR tiene el deber de negar la inscripción que sea “en algún sentido legalmente inadmisibles”, en particular, cuando sea visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente (art. 13 Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces).

<sup>122</sup> Art. 10 DS 150/1994 MIDEPLAN. De acuerdo con la información aportada por CONADI (2019) a la Comisión Investigadora, dicha institución cumple con esta obligación en el mes de enero de cada año, remitiendo “a los diceros Conservadores de Bienes Raíces la nómina de las inscripciones de las tierras indígenas practicadas en el Registro Público de Tierras Indígenas (RPTI)”. La información consigna los oficios enviados en los últimos 10 años, los que no habrían tenido respuesta (CONADI, 2019b).

<sup>123</sup> En este sentido, la propia LDI señala que el RPTI existe “sin perjuicio de la legislación general de Registro de la Propiedad Raíz”. Art. 39.g. LDI. Esta aspiración expectativa se verifica en el artículo escrito por el Conservador de Bienes Raíces de Temuco cuando recién había entrado en vigor la LDI. Al respecto señaló que “[e]sta situación [de incerteza respecto de las tierras indígenas] será superada cuando se complete el Registro de Tierras Indígenas y se coordine con los Conservadores, lo que aún llevará algún tiempo” (Uribe, 1994:79).

<sup>124</sup> Comisión Investigadora de Tierras Indígenas, 2019.

En este mismo sentido, Morales Marileo señala que con la incorporación de parte de las tierras mapuche al registro conservatorio (aquellas resultantes de la particiones realizadas en el marco del Decreto Ley N° 2.568 de 1979), se unificó en parte el sistema registral, que históricamente había estado distribuido entre el sistema civil y uno especial indígena. El problema ha sido que la identificación de las tierras indígenas incorporadas al sistemas civil, ha quedado a cargo de los operadores inmobiliarios. Por su parte, cuando CONADI es requerida por notarios y conservadores para aclarar el estatus de un predio, se limita a informar si está o no inscrito en el RPTI, y señala que el carácter indígena emana de la ley y no del dictamen de CONADI. Por otro lado, la restrictiva jurisprudencia de los tribunales en materia de facultades generales de los CBR para rechazar inscripciones, habría agravado el problema, sobre todo considerando que, tratándose de asuntos no contenciosos, el CBR no tiene acceso a recursos ante tribunales superiores de justicia.<sup>125</sup>

### III. Tesis a la naturaleza del estatuto especial de las tierras indígenas

---

El texto de la LDI no contiene una regulación de la cuestión de la desafectación de tierras indígenas, salvo en relación con las permutas de tierras indígenas autorizadas por CONADI, en cuyo caso la tierra indígena entregada deja de serlo y la tierra recibida, adquiere la calidad de indígena.

Sin embargo, dicho cuerpo legal consagra un sistema de protección de las tierras indígenas, descrito en la sección precedentes, desde donde se puede responder a la pregunta del modo en que las tierras indígenas pierden tal calidad, o, dicho de otro modo, cómo un bien inmueble indígena puede salir del mercado de tierras indígenas.

La determinación de esta cuestión ha suscitado un debate jurídico, gatillado por casos de adquisición por personas no indígenas de tierras que han sido indígenas bajo el estatuto de la LDI. A continuación se presentan y analizan las dos tesis que se han presentado en el debate.

#### 1. La tesis de la afectación de la tierra como estatuto personal

Como es evidente, la afectación de un predio a la calidad de indígena se produce por el solo ministerio de la ley, cuando se dan los supuestos establecidos en aquella. Determinar cuáles son estos supuestos puede ser una tarea desafiante, y lo es, particularmente en el caso del numeral 1° del artículo 12, referido a las tierras que emanan de títulos entregados por el Estado a indígenas (principalmente mapuche). Esta disposición exige se trate de tierras que “personas o comunidades indígenas *actualmente ocupan* en propiedad o posesión” provenientes de los títulos que enumera.

Para esta tesis, la afectación de tierras a la calidad de indígena es un “estatuto personal” fundado en la protección, fomento y desarrollo de los indígenas. En consecuencia, de acuerdo a la postura de la especialista en derecho civil María S. Rodríguez, “son tierras indígenas las que personas o comunidades indígena *tienen por un título legítimo*, es decir, mencionado expresamente en la ley”.<sup>126</sup> En otras palabras, como la disposición tendría la finalidad de proteger a las personas indígenas (por

---

<sup>125</sup> Estos casos surgen cuando el CBR se niega a inscribir un título por considerarlo tierra indígena. Generalmente, los tribunales señalan que el CBR solo puede rechazarlos cuando el vicio de nulidad es aparente en el título mismo, sin que quede autorizado a estudiar sus antecedentes. Agregan que la cuestión de fondo debe ventilarse en un juicio de lato conocimiento iniciado por el interesado. Como el propietario indígena es el interesado en la venta, estos casos no llegan a juicios de esa naturaleza. En las notas siguientes se citan varias de estas sentencias.

<sup>126</sup> Rodríguez, 2019a:3.

contraposición a las tierras de los pueblos indígenas), la exigencia sería la de una *posesión actual* en el sentido civilista del término, esto es, la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño *al momento de escrutarse si el predio tiene o no la calidad de indígena*. En este sentido, recientemente la CONADI ha afirmado que “la expresión ‘actualmente’ utilizada por el legislador [en el artículo 12.1] debe ser entendida en su sentido natural y obvio [...] y como norma permanente y no transitoria que es, *basta que dicha condición se verifique al momento en que se dice la determinación de si es o no tierra indígena*.”<sup>127</sup>

En abono de esta tesis, se invoca el inciso penúltimo del artículo 12, que señala que “[l]a 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”.<sup>128</sup> A partir de este, se afirma se requiere de un título legítimo *actualmente* a nombre de persona o comunidad indígena.<sup>129</sup> Adicionalmente, Rodríguez señala que la LDI ordena la desafectación de la tierra legalmente permutada. Por lo mismo, deberían desafectarse las tierras que quedan legalmente en posesión de personas no indígenas.<sup>130</sup>

En esta línea, CONADI ha sostenido que el artículo 12 exige dos requisitos copulativos para que una tierra adquiera el carácter de indígena. El primero, relativo al origen del título, y el segundo “que el inmueble *sea ocupado en propiedad o posesión por una persona indígena*”.<sup>131</sup> En efecto, señala que dichas tierras pasan a tener la calidad indígena *como consecuencia* de su ocupación en propiedad o posesión por persona o comunidad indígena. En este sentido, el organismo estatal afirma que cuando una tierra indígena pasa legalmente a tener un titular no indígena, sea a través de una permuta autorizada por CONADI “o sea a través de procedimiento legales ordinarios que no implican enajenación de la tierra”, esta pierde su calidad de indígena, como sería el caso de una adjudicación de tierra indígena a un cónyuge no indígena tras la liquidación de una sociedad conyugal.<sup>132</sup>

En el caso específico de la liquidación de sociedad conyugal entre un indígena y un no indígena, la tesis del estatuto personal afirma que la adjudicación al cónyuge no indígena es perfectamente válida, pues el “título de adjudicación radica en persona no indígena lo que antes tenía proindiviso con persona

<sup>127</sup> CONADI, 2019a. Énfasis original omitido. El añadido es propio.

<sup>128</sup> Cabe hacer presente que la publicación en el Diario Oficial de esta disposición repite este mismo texto inmediatamente antes, al final del numeral 4 del artículo 12.1. El origen de la disposición está en el art. 10 del mensaje presidencial, inmediatamente después del artículo que identificaba las tierras indígenas (equivalente al actual artículo 12) (BCN, 2018a:8). Su ubicación al final del artículo 12 viene del Acuerdo Marco entre el Ejecutivo y la oposición, aludido más arriba (BCN, 2018a:56). En el Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado se propuso su inclusión como segundo párrafo del numeral 4 del artículo 12 (p. 218), y “se acordó considerar como párrafo segundo del numeral 4º, el texto del artículo 10 del Mensaje” (p. 194), quedando finalmente incluido como un párrafo separado (p. 233 y 401). La duplicidad aparece por primera vez en el oficio al Tribunal Constitucional (p. 432), y de ahí llegó al Diario Oficial. En cualquier caso, la norma alude a las tierras “a que se refiere *este artículo*”, por lo que su posición correcta pareciera ser como inciso del artículo 12 y no como parte del numeral 4.

<sup>129</sup> CONADI, 2019a y Rodríguez, 2019a.

<sup>130</sup> Rodríguez, 2019b.

<sup>131</sup> CONADI, 2019a. Énfasis en el original.

<sup>132</sup> CONADI (2019a) invoca una serie de sentencias de tribunales de letras que abonarían esta tesis. Cabe consignar que las que se pudieron verificar, se refieren a la atribución del CBR para negarse a inscribir compraventas sobre tierras adjudicadas o adjudicaciones de liquidaciones, esgrimiendo que se trataría de tierra indígena, a lo que el tribunal señala que el CBR no puede negarse, porque la cuestión requiere de un juicio de lato conocimiento, o sea, las sentencias no se pronuncian sobre si se trata o no de tierras indígenas (cfr. JL de Pucón, rol V-44-2015:c.7; rol V-65-2015:c..6; V-14-2016:c.6). Otro sentencia citada a la que se tuvo acceso caso se refiere a una nulidad que fue rechazada por falta de legitimación activa, aunque también declara que “no se a simple vista ilegalidad alguna” en la partición de la sociedad conyugal (C-327-2016:c. 13 y C. 16).

indígena”.<sup>133</sup> En este sentido, la adjudicación no sería enajenación, y por lo tanto no estaría prohibida por la LDI.<sup>134</sup> Además, como se trataría de un estatuto personal, no tendría sentido que la protección especial acompañara ahora al propietario no indígena.<sup>135</sup>

## 2. La tesis de la afectación de la tierra como estatuto real

Frente a la idea que el carácter indígena de la tierra constituye un estatuto personal, está la tesis contraria, que lo concibe como un estatuto real. Conforme a esta interpretación, la LDI reconoció el carácter indígena a un conjunto de tierras determinado al momento de su entrada en vigor (aquellas en posesión indígena emanadas de ciertos títulos), las cuales lo mantienen en el tiempo, independientemente de sus cambios de dominio. Lo anterior, sin perjuicio de que la misma ley reconoce formas de ampliar esas tierras.<sup>136</sup>

### 2.1. El requisito de posesión se verifica al momento de entrada en vigor de la Ley N° 19.253

Una cuestión central para este argumento es el alcance del requisito de posesión actual establecido para las tierras mapuche emanadas de los títulos indicados en el artículo 12.1. Este señala en lo pertinente que son indígenas las tierras “que las personas o comunidades indígenas *actualmente ocupan* en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos [...]”. Como se señaló en un apartado anterior, la cuestión es determinar si la expresión “actualmente ocupan” alude a la ocupación al momento de entrada en vigencia de la ley, o si, por el contrario, se refiere al momento en que se analiza el estatuto aplicable a un predio determinado.

La historia de la ley muestra que esta redacción proviene de la propuesta original del mensaje presidencial, cuyo artículo 9 señalaba que “[s]on tierras indígenas aquellas que los indígenas *actualmente ocupan* en propiedad y/o posesión, provenientes de [los títulos que se indican]”, aunque no se encuentra discusión sobre su alcance.<sup>137</sup>

<sup>133</sup> Rodríguez: 2019a:11. La autora, citando a autoridades del derecho civil como Somarriva y Peñailillo, señala que “la adjudicación es título declarativo de un dominio exclusivo en bienes, partes o lotes que antes se tenían en copropiedad o proindiviso” (Rodríguez, 2019a:15). En este sentido, el artículo 718 del CC, a propósito de a posesión, señala que “[c]ada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión”.

<sup>134</sup> Conforme a esta postura, dichas prohibiciones y restricciones deberían interpretarse en forma estricta, ya que constituyen una excepción al principio general de libre circulación de los bienes (CONADI, 2019a; Rodríguez: 2019a). Ahora bien, esta tesis tiene dificultades para explicar a qué título el cónyuge no indígena adquirió el dominio sobre la tierra indígena. Si la adjudicación no es una transferencia de dominio, sino que la radicación de la parte que le correspondía a cada comunero en la propiedad común, se sigue que antes de la liquidación de la sociedad conyugal, el cónyuge no indígena era copropietario de la tierra indígena. Esto parece pugnar con el espíritu e incluso la letra de la ley, pues como se ha señalado, conforme al artículo 12 de la LDI, “[l]a 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”. En otras palabras, de acuerdo a esta disposición, pareciera que la tierra indígena adquirida por un indígena casado en sociedad conyugal, solo puede ser poseída por indígenas o sus comunidades, y no su cónyuge no indígena.

<sup>135</sup> CONADI, 2019a; Rodríguez: 2019a.

<sup>136</sup> Cfr. art. 12.2 (poseídas históricamente que se inscriban en el RPTI); 12.3 (las que se declaren como tales por los tribunales de justicia); 12.4 (las que indígenas reciban a título gratuito del Estado).

<sup>137</sup> BCN, 2018a:7.El mensaje presenta el título sobre protección de tierras indígenas señalando que “el proyecto

En este estudio identificamos tres sentencias que interpretan esta disposición en el primer sentido, una de las cuales aclara explícitamente que las tierras que cumplieran con las condiciones legales el 5 de octubre de 1993 *no pierden dicha calidad por transferencias posteriores*.<sup>138</sup> No se han encontrado sentencias del máximo tribunal afirmando la tesis contraria.<sup>139</sup> Por su parte, la doctrina mayoritaria suscribe la idea de que la posesión debe verificarse al momento de entrada en vigor de la ley.<sup>140</sup>

Esta interpretación parece apoyarse en el sentido gramatical de la disposición. En efecto, la norma utiliza el modo gramatical indicativo presente “ocupan”. Este se identifica con lo que se conoce en gramática como una modalidad *realis*, esto es, aquellas que se refieren a hechos que se tiene por ciertos. En este caso, la ocupación de predios emanados de ciertos títulos al momento de entrada en vigencia de la norma, un hecho determinado y determinable. En este sentido, si el legislador hubiese querido hacer referencia a la ocupación potencial al momento en que se examina el estatuto de un predio específico, hubiese utilizado el modo presente subjuntivo “ocupen”, referido a eventos abstractos como la posibilidad (modo *irrealis*).<sup>141</sup>

Morales Marileo subraya que entender esto de otra manera, le otorgaría un carácter mutable a las tierras indígenas no previsto por el legislador, además de dar pie a “situaciones que rayan en el absurdo”, aunque no ahonda en estas.<sup>142</sup>

## 2.2. Formas de desafectación de la tierra indígena son taxativas

Consustancial al carácter de “estatuto real” de las tierras indígenas sostenido por esta interpretación, es que la desafectación de tierras indígenas solo procedería en los casos y modos señalados en la LDI. En otras palabras, sólo sería posible desafectar tierra indígena cuando esta es permutada por otra tierra de similar valor comercial, previa autorización de CONADI.<sup>143</sup> Aquí, se destaca que la misma norma que autoriza este modo establece la afectación de la tierra adquirida en la permuta. Esto, sumado al requisito de equivalencia comercial en la transacción garantizada por CONADI, reforzado por las salvaguardas

---

plantea la protección de las tierras de las comunidades indígenas” y que “la ley debe establecer normas para la plena *protección de las tierras que pertenecen a ellos*, y plantear mecanismos para ampliar las tierras comunitarias” (p. 3.).

<sup>138</sup> Corte Suprema, rol 6.084-2005:c. 3. Las demás sentencias están en el apartado II.1.1 de este trabajo.

<sup>139</sup> Carmona (2019b) comparte esta apreciación en relación con el sentido de la jurisprudencia del máximo tribunal. Por su parte, CONADI (2019a) defiende su postura cita una sentencia del Juzgado de Letras de Pucón para afirmar que el artículo 12 de la LDI requiere “necesariamente que se encuentre en posesión o propiedad de una persona o comunidad indígena”. Esta sentencia alude efectivamente al elemento personal, en tanto las tierras “deben estar en posesión de personas de la etnia indígena correspondiente”, pero lo hace remarcando que en el caso de marras, la sociedad conyugal adquirió en 1984, antes de la entrada en vigor de la Ley 19.253. De esta manera, por el efecto retroactivo de la adjudicación, la cónyuge no mapuche “es dueña del predio desde el año 1984”, cuando no existía prohibición legal (rol V-44-2015:c.3). En este sentido, la decisión no descarta la tesis del “estatuto real”. En cualquier caso, se trata de una sentencia aislada, dictada por un tribunal inferior.

<sup>140</sup> Aylwin, 2019; Aylwin y Yáñez, 2013; Carmona 2019a y 2019b; López, 1999; Morales Marileo, 2018, Uribe, 1994. En sentido contrario, Rodríguez, 2019a y 2019b.

<sup>141</sup> Sobre la oposición indicativo/subjuntivo como realidad/irrealidad y la procedencia del uso del subjuntivo para significar el verbo como potencial o posible, ver Moreno Alba, 1975.

<sup>142</sup> Morales Marileo, 2018:n.28.

<sup>143</sup> Art. 13 inciso tercero.

establecidas en el instructivo interno revisado más arriba, permite asegurar que el patrimonio territorial indígena no se vea disminuido por esta forma de desafectación.<sup>144</sup>

Lo anterior estaría en armonía con el mandato general de protección de de las tierras indígenas y, el mandato particular dirigido a CONADI, en orden a, entre otras cosas, propender a la ampliación de dichas tierras.<sup>145</sup>

Reafirmando esta tesis, Aylwin invoca el artículo 58 de la LDI, que establece la preeminencia de los títulos de merced o de comisario sobre cualquier otro título de dominio, en las controversias sobre tierras emanadas de aquellos, salvando las excepciones taxativamente enumeradas.<sup>146</sup> Esto demostraría que el legislador buscó mantener inalterable el patrimonio territorial mapuche, al menos en lo que respecta a las tierras mapuche emanadas de dichos títulos.

Por otro lado, el hecho de que las disposiciones sobre tierras indígenas (artículos 12 al 22) se ubiquen en el título II “del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas”, abona la tesis de que “lo que Ley Indígena establece es la protección de la tierra indígena, y no de las personas que la poseen”.<sup>147</sup>

En relación al alcance del penúltimo inciso del artículo 12, cabe recordar que para los defensores de la “tesis del estatuto personal”, el hecho de que afirme la titularidad indígena de la tierra indígena supondría que cuando pasa legalmente a manos de un tercero no indígena, perdería su calidad de tal. Sobre este punto, cabe tener presente que la LDI es la primera legislación indígena en reconocer el carácter indígena a tierras poseídas individualmente.<sup>148</sup> En este sentido, la incorporación de este inciso parece responder a la necesidad de consagrar tal novedad jurídica, y no a la intención de establecer un requisito para mantener la calidad de indígena de la tierra. Además sirve para excluir de la propiedad indígena a las asociaciones indígenas, pues se refiere a las “personas naturales indígenas” y a las comunidades.<sup>149</sup> Es más, la misma disposición ha sido invocada para llegar a la conclusión exactamente contraria a la propuesta por los sostenedores de la teoría del estatuto personal: “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”.<sup>150</sup>

Existen diversas situaciones en las que, aplicando las reglas generales, la tierra indígena puede quedar en manos de terceros no indígenas (no solo la liquidación de la sociedad conyugal). En efecto, hay formas inevitables en la vida jurídica, como el caso de la o el cónyuge sobreviviente no indígena que adquiere derechos sobre tierra indígena de un poseedor individual por sucesión por causa de muerte.<sup>151</sup> La pregunta aquí es si puede o no adjudicarse tierra indígena en la partición. López, invoca el inciso penúltimo del artículo 12 para afirmar que dicha adjudicación no es posible, salvo en aquellos casos en que a la época del fallecimiento del causante, la legislación sí lo permitiera.<sup>152</sup> Como en general, no será

---

<sup>144</sup> Carmona, 2019a.

<sup>145</sup> Art. 1 y 39.3 LDI.

<sup>146</sup> Aylwin, 2019.

<sup>147</sup> Namuncura, 2019:9.

<sup>148</sup> Morales Marileo, 2018.

<sup>149</sup> López, 1999.

<sup>150</sup> López, 1999:17.

<sup>151</sup> Las tierras de título individual se transmiten por causa de muerte conforme a las reglas del derecho común, pero “con las limitaciones establecidas en esta ley” (art. 18 LDI).

<sup>152</sup> López (1999:16) señala que el principio consagrado en el art. 12 que establece la titularidad indígena de la tierra

admisibles, el cónyuge sobreviviente no indígena tendrá derechos hereditarios sobre la tierra, lo que podría, por ejemplo, habilitarlo para ocuparla, pero no podrá adjudicársela en partición, ni ejercer actos de dominio sobre ella.<sup>153</sup>

---

indígena “permite resolver [...] el tema de la transferencia de porción conyugal o derechos hereditarios o que recaen sobre bienes inmuebles que tienen la calidad de tierra indígena” (López, 1999:16). Así “la adquisición de la calidad de heredero no es título suficiente que habilite para adquirir el dominio de un inmueble con tal carácter, aunque la cesión de derecho en sí no adolezca de nulidad” (p. 17). La misma respuesta ofrece respecto de los herederos “si una persona no indígena ha adquirido acciones y derecho en la sucesión de una persona indígena [...] respecto de los inmuebles que sean tierra indígena, en definitiva al momento de la partición solamente podrá adjudicárselo si a la época [de] la muerte, apertura de la sucesión o delación de la herencia, regía la ley común” (p. 29).

<sup>153</sup> Una solución alternativa a partir de las mismas premisas de la tesis del estatuto real, afirmar que la adjudicación es posible, solo que no desafecta a la tierra. La disposición del artículo 12 tendría por función habilitar la titularidad individual sobre tierra indígena y excluir de aquella a las asociaciones indígenas, no impedir que legítimos adjudicatarios se hagan dueños. Por lo tanto, tal adjudicación no haría perder la calidad de indígena a la tierra, con lo que se mantendría en patrimonio territorial indígena.

## Bibliografía

---

- Aylwin, José. (2002). Política [sic] públicas y pueblos indígenas: el caso de la política [sic] de tierras del estado chileno y el pueblo mapuche. Documento base para la discusión en el marco del proyecto Desarrollo Comunitario Autosostenible en una Perspectiva Comparada. Austin: Universidad de Texas y Fundación Ford. [pdf]. Disponible en: <http://bcn.cl/2973x> (julio, 2019).
- Aylwin, José y Nancy Yáñez. (2013). Ley 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago: Lom ediciones, pp.158-191.
- (2019). Estatuto de las tierras indígenas [diapositivas presentación ante la Comisión investigadora de las actuaciones de órganos estatales en la adquisición de tierras indígenas] Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=175440&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (septiembre, 2019).
- (2005). Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: la experiencia de Chile. [Documento presentado en Seminario de Expertos de la ONU sobre Implementación de Legislación y Jurisprudencia a Nivel Nacional relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas, Tucson, Arizona, 12-14 octubre de 2005]. Disponible en: <http://bcn.cl/297ee> (julio, 2019).
- BCN. (2015). Antecedentes históricos del conflicto étnico/territorial en el sur de Chile. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/24ise> (julio, 2019).
- (2018a). Historia de la Ley N° 19.253. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena [sic]. Disponible en: <http://bcn.cl/22pt3> (julio, 2019).
- (2018b). Arriendos de tierras mapuche a 99 años: jurisprudencia. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G.
- (2019). Comisiones presidenciales cuestión mapuche sobre la cuestión mapuche. Desde 1990 hasta 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2apra> (julio, 2019).
- Bengoa, José. (2017). Prefacio de José Bengoa. En Mylène Valenzuela y Sergio Oliva. (2018). *Recopilación de legislación indígena 1813-2017*. Tomo I. Santiago: Librotecnia, pp. 7-20.
- Casarino, Mario. (2010). *Manual de Derecho Procesal*. Tomo V. 6a edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- CEPI. (1991). Congreso Nacional de Pueblos Indígenas. Santiago:CEPI.
- CONADI. (s.f.). Registro Público de Tierras [ web]. Disponible en: <http://www.conadi.gob.cl/registro-publico-de-tierras> (septiembre, 2019).

- (2019a). Oficio N° 280 de 25 de marzo de 2019. [De Fiscal (s) CONADI a Jefe Gabinete Subsecretaría del Interior]. En Ord. N° 9679 del 01 de abril de 2019 [De Subsecretario del Interior a Abogado Secretario de la Comisión].
- (2019b). Oficio N° 700 de 02 de julio de 2019 [De Director Nacional de CONADI a Abogado Secretario de la Comisión Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=174824&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (septiembre, 2019).
- Carmona, Cristobal. (2019a). Tierras indígenas, adjudicación y desafectación: análisis crítico del informe CONADI [pdf]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=177090&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (septiembre, 2019).
- (2019b). ¿La adjudicación como forma de “desafectar” tierra indígena? Un breve análisis a la legalidad de la compra de tierras del subsecretario Ubilla en territorio mapuche. *El Mercurio Legal*, 21/03/2019 [en línea]. Disponible en: <http://bcn.cl/2bhva> (septiembre, 2019).
- Comisión Investigadora de Tierras Indígenas. (2019). Respuestas a Oficios a Conservadores de Bienes Raíces [pdf]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=178615&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (septiembre, 2019)
- Lopez, Jaime. (2019). Las Tierras Indígenas en la Ley 19.253. *CUHSO*, volumen especial, 8-35.
- Meza-Lopehandía, Matías. (2018). Frustrated Multiculturalism. (Neo)Liberalism and the Mapuche People. En Pablo Marshall (editor). *Citizenship and Disadvantage Groups in Chile*. Lanham-Boulder-Nueva York-Londres: Lexington Books, pp. 123-139.
- Morales Marileo, Álvaro. (2018). Clasificación de las tierras indígenas; problemas y desafíos actuales. *Revista de Derecho Inmobiliario*, 2 (1):759-613.
- Moreno Alba, José. (1975). Sobre la definición del modo verbal en español. *Anuario de Letras, Lingüística y Filología*. 13: 247-256. Disponible en: <https://revistas-filologicas.unam.mx/anuario-letras/index.php/al/article/view/1222/1219> (septiembre, 2019).
- Namuncura, Domingo. (2019). Exposición ante la comisión parlamentaria investigadora del caso Ubilla-compra de tierra mapuche [pdf]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=173300&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (septiembre, 2019).
- Peñailillo, Daniel. (2014). Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. 4a edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- RAE. (2014). Gravamen. Diccionario de la Lengua Española. 23a edición. Disponible en: <http://bcn.cl/2aw9v> (agosto, 2019)

- Ríos, Luis. (2004). *Teoría General de la Inembargabilidad*, 1a edición. Santiago. Editorial Jurídica La Ley.
- (2017) *La Inembargabilidad. Derecho Chileno y Comparado*. 1a edición. Santiago. Editorial Libromar.
- Rodríguez, María S. (2019a). Informe a la Comisión Especial Investigadora sobre la adquisición de inmuebles catalogados como tierras indígenas por parte de personas que no cumplen las condiciones y requisitos que la legislación indígena exige para la transferencia o disposición de dichos inmuebles. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=177091&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (septiembre, 2019).
- (2019b). Validez de la venta y enajenación de “tierras indígenas” desafectadas por adjudicación a mujer no indígena en liquidación de sociedad conyugal que tuvo con marido indígena. *El Mercurio Legal*, 13/03/2019 [en línea]. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907286&Path=/0D/D8/> (septiembre, 2019)..
- Tavolari, Raúl. (2000). *El Proceso en Acción*. Santiago. Editorial Libromar.
- Uribe, Ivan. (1994). *Legislación sobre Tierras Indígenas*.
- Valenzuela, Mylène. (2018). Prefacio de Mylène Valenzuela Reyes. En Mylène Valenzuela y Sergio Oliva. (2018). *Recopilación de legislación indígena 1813-2017*. Tomo I. Segunda edición. Santiago: Librotecnia, pp. 21-26.
- Valenzuela, Mylène y Sergio Oliva. (2017). *Recopilación de legislación indígena 1813-2017*. Tomo I y II. Santiago: Librotecnia.
- Vergara, Jorge, Rolf Foerster y Hans Gundermann. Instituciones mediadoras, legislación y movimiento indígena de Dasin a Conadi (1953-1994). *Atenea*. 491(1):77-85.
- Zaror, Yasmin y Juan P. Lepin. (2016). La Política de Entrega de Tierras: Análisis y Desafíos de cara a un nuevo Paradigma de la Política Indígena. Serie informe sociedad y política. *Libertad y Desarrollo*, 152, 1-23.

### Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0  
(CC BY 3.0 CL)