



Universidad de Chile.

Facultad de Derecho.

Departamento ciencias del Derecho.

Taller legislación indígena nacional e internacional.

El estudio de títulos en propiedad inmobiliaria indígena.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Joaquín Mariano Bouffanais Pérez.

Profesor Guía: Oscar Dávila Campusano.

Santiago, 2024

RESUMEN:

El propósito general de este proyecto investigativo, memoria, será establecer las medidas adecuadas conforme a las cuales debiese hacerse el estudio de títulos de las propiedades inmobiliarias de carácter indígena o catalogadas como indígenas. Cabe destacar que no solo será una evaluación de cómo se realizan los estudios de título de las propiedades, sino que busca profundizar en la materia, incluyendo un análisis de la denominada ley indígena (19.253) y su articulado para lograr determinar la calidad de indígena de una propiedad.

Junto con la anterior, cada capítulo tendrá un tema específico que tratar, todo con el fin último de lograr reunir la mayor cantidad de antecedentes, para posteriormente señalar elementos puntuales a la hora de realizar un estudio de títulos sobre la propiedad inmobiliaria indígena. Además, se incluirá el tratamiento nacional a este tipo de labores (estudio de la propiedad), aludiendo siempre a las instituciones involucradas para tales efectos, llámese conservador de bienes raíces, notarios públicos, archiveros.

Por otro lado, se le dará una mirada general al tratamiento de la propiedad indígena, de manera general, que busca plantear el título indígena general, como una cuestión originaria, en contraposición a las dificultades que presenta un estudio de títulos de estas propiedades si se trata su historia de diversa forma, mas no como una historia de origen sin cambio alguno.

Finalmente se dará a conocer, el tratamiento de la jurisprudencia nacional al referido tema y como se involucran los elementos que se desarrollan en capítulos anteriores; como también se inserta un pequeño apartado de cómo se trata el tema en materia internacional.

Por último, se sistematizará la información recogida, los análisis hechos y se concluirá el tema, dando a conocer de manera general los elementos encontrados para un estudio de títulos de la propiedad inmobiliaria indígena, como también las dificultades que este presenta.

AGRADECIMIENTOS:

Agradezco a mi madre y hermano por brindarme todo su apoyo y amor incondicional durante este proceso formativo a través del cual me mostraron la importancia de cumplir con distintos objetivos, tanto a nivel académico como personal.

A toda mi familia en general, Abuela, Abuelo, Tíos, Tías, Primos, Primas, quienes siempre estuvieron presentes para darme su amor y una palabra de apoyo en este proceso.

A mi novia quien siempre ha estado para escucharme y darme su incondicional apoyo en momentos difíciles.

A mis amigos, con los cuales compartí durante mi estadía en esta casa de estudios, como también aquellos amigos fuera de ella, los cuales siempre tenían un tiempo para conversar y compartir a fin de apoyarnos mutuamente.

A todo el cuerpo docente, que me ayudo en mi proceso de formación académica, brindando enseñanzas y conocimiento para desempeñarme de la mejor manera.

A toda mi familia por su comprensión y amor incondicional.

ÍNDICE GENERAL:

INTRODUCCION.	5
CAPITULO I: BREVE HISTORIA DE LA PROPIEDAD INDIGENA Y ELEMENTOS PARA SER ANALIZADA EN UN ESTUDIO DE TITULOS INMOBILIARIOS.	6
LA PROPIEDAD EN EL DERECHO INDIANO	6
DE LAS RADICACIONES	9
ENTREGA DE TITULOS DE MERCED	12
DIVISION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS.	15
CAPITULO II: ESTUDIO DE LA LEY 19.253, “LEY INDIGENA” Y SU IMPORTANCIA EN LA DETERMINACION DE LA PROPIEDAD.	20
DE LA DICTACION DE LA LEY.	20
LA LEY Y SUS ARTICULOS.	21
DE LOS ELEMENTOS Y DIFICULTAD PARA EL ESTUDIO DE TITULOS.	30
CAPITULO III: TRATAMIENTO NACIONAL EN EL ESTUDIO DE TITULOS DE LA PROPIEDAD INDIGENA Y EL TITULO INDIGENA GENERAL.	36
CONSERVADORES Y NOTARIOS PUBLICOS.	36
LA CALIFICACION DE LA PERSONA	39
TITULO DE PROPIEDAD INDIGENA GENERAL.....	41
CAPITULO IV: EL ESTUDIO DE TITULOS DE PROPIEDADES COMUNES EN COMPARACION AL ESTUDIO DE TITULO DE PROPIEDAD INDIGENA.	46
EL ESTUDIO DE TITULOS COMUN.....	46
COMPARACION DEL ESTUDIO DE TITULOS EN PROPIEDAD INDIGENA Y EL ESTUDIO DE TITULOS COMUN.	48
CAPITULO V: JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL A PROPOSITO DE LA INSCRIPCION DE TITULOS INDIGENAS Y SU TRATAMIENTO.	53
JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	53
JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	61

CONCLUSIONES	66
ANEXO	68
.....	68
.....	68
.....	68
.....	68
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUCCION.

En la presente investigación se avanzará por capítulos, esto con el fin de desarrollar múltiples conceptos, sistematizar información y dar lugar a elementos necesarios para un estudio de títulos en la propiedad inmobiliaria indígena. Iniciando con la breve historia de la propiedad indígena y sus diversos cambios a lo largo de la historia.

Se busca que a lo largo del desarrollo de esta investigación se puede visibilizar un análisis principalmente de la ley 19.253, denominada ley indígena. Esto ya que a la luz de la misma es que se pueden definir y encontrar las ideas generales de este proyecto. Iniciando con la idea de que se calificaría como propiedad indígena, los elementos que envuelve tanto la ley y el desarrollo de ciertos autores en la materia.

También se busca dar lugar a la importancia que reviste la calificación de la persona en cuanto a la propiedad, principalmente si la persona indígena, influye en que la propiedad que ocupa o de la cual tiene posesión, sea catalogada como indígena, a la luz de si la primera mantiene la calidad de indígena.

Por otro lado, se estudiarán múltiples instituciones, siendo alguna de estas los conservadores de bienes raíces y la corporación nacional de desarrollo indígena (en adelante CONADI o la corporación). Su importancia en el tratamiento registral de las propiedades inmobiliarias indígenas, principalmente el registro público que mantiene la corporación para tales fines de registro de las tierras indígenas.

Finalmente nos introducimos en la jurisprudencia nacional e internacional para ver que calificación han dado los tribunales a la propiedad inmobiliaria indígena, como se han armado dichos fallos, el razonamiento que ha existido detrás y otros factores. Para por último poder concretizar una conclusión fundada en esta misma investigación que nos permita conocer elementos necesarios para el correcto estudio de títulos de una propiedad inmobiliaria indígena.

CAPITULO I: BREVE HISTORIA DE LA PROPIEDAD INDIGENA Y ELEMENTOS PARA SER ANALIZADA EN UN ESTUDIO DE TITULOS INMOBILIARIOS.

La propiedad inmobiliaria indígena o la propiedad indígena en general, tiene una historia bastante larga y particular; esto debido a que ha pasado por distintas etapas o periodos históricos que han ido cambiando su forma. Lo anterior dice relación con los múltiples cambios respecto de su inscripción, otorgamiento de título sobre la propiedad e instituciones involucradas en la determinación de su dominio por las personas que en ella residen.

Ante lo anterior debemos tener en consideración distintas etapas históricas de la propiedad indígena, para reconocer como fluctúa la legislación y la historia de estas propiedades a lo largo del tiempo. Para aquello existen distintas etapas a considerar, la primera etapa corresponde a la Propiedad en el Derecho indiano, periodo en el que se distingue la propiedad de la Corona Española y la Propiedad Indígena como primeras formas de propiedad. Posteriormente, en la Republica vendrán las etapas significativas de la Radicación de comunidades indígenas y entrega de títulos de merced y por último una fase de división de las tierras y comunidades indígenas.

LA PROPIEDAD EN EL DERECHO INDIANO

En el periodo monárquico, durante la vigencia del Derecho Indiano, en Hispanoamérica y Filipinas, el marco jurídico vigente distinguía a lo menos cuatro tipos de propiedad sobre la tierra: La propiedad Realenga, esto es las tierras que pertenecían a la Corona Española como consecuencia de la donación pontificia; La Propiedad Indígena, que es reconocida a los pueblos originarios sobre las tierras de las que ellos estaban en uso y posesión al llegar los europeos, sea las que trabajaban en forma individual o comunitaria, donde estaban sus pueblos y casas así como los cementerios y sitios rituales; La Propiedad Privada, esto es la que entregaba la Corona a particulares por medio de una merced de tierras, sobre Propiedad Realenga y La Propiedad Comunal entregada por la Corona a los Municipios.

Respecto de la Propiedad Indígena su utilización estaba referida principalmente a las directrices y propósitos de la Corona, estos propósitos involucraban generalmente la entrega

de tierras a los indígenas con el fin de que trabajasen en ellas. En los periodos que datan del 1500 en adelante, tanto en América del sur, América del Norte y central, se dispuso de las tierras para la agricultura y extraer metales. Respecto de la distribución de las tierras y en lo referido a títulos, la propiedad fue ordenada y regularizada por la Corona, para evitar usurpaciones y ocupaciones de tierras sin títulos a través del mecanismo de la composición de tierras.

Así se registra en las cartas y cédulas enviadas por parte de la realeza y que indican: “El desorden que ha habido en la distribución y repartimiento de los baldíos y tierras de esas provincias del Perú, como es notorio son mías, y la libertad con que se han entrado muchas personas, ha obligado a poner remedio en esto. Y aunque justamente se podría ejecutar lo que se ordena por otra cédula mía de la fecha de ésta, por algunas consideraciones y principalmente por hacer merced a los vecinos y naturales de esos reinos, tengo por bien sean admitidos a alguna cómoda composición para que sirviendo con lo que fuere justo y razonable pueda confirmar las tierras que poseen. Y para este efecto se os envía, también otra cédula dándoos facultad y poder para hacer la composición y confirmación. Usaréis de ellas en la forma que más conviniere, procurando sacar para esto la mayor sustancia que ser pueda, como me promete vuestro celo y mucha inteligencia. Y que esto se haga reservando ante todas las cosas lo que os pareciere necesario para plazas y ejidos, propios; pastos y baldíos de los lugares y concejos que están poblados, así por lo que toca al estado presente como al porvenir del aumento y crecimiento que puede tener cada uno, y a los indios los que hubieren menester para hacer sus labores y sementeras y crianzas, confirmándoles en lo que tienen de presente y dándoles de nuevo lo que les faltare. Y porque podría ser que algunas personas, aunque poseen algunas tierras, estancias y caballerías, con legítimo título de quien se lo pudo dar, pretendieren que de nuevo se las confirmásedes, con algunas cláusulas y firmezas que les parecieren necesarias para su seguridad, será bien que se las confirméis y concedáis, sirviéndome cada uno con lo que fuere razonable, conforme a la calidad y cantidad de la cosa y la necesidad de presente.”¹

¹ Francisco de Solano. Cedulario de tierras. Universidad Nacional Autónoma de México. 1991. Páginas. 15 a 30 y 270.

De lo anterior se colige que a pesar de existir tierras de las cuales los indígenas podían tener justo título, estas se distribuyeron nuevamente y se hicieron propiedad de la corona, con el fin de mantener un orden, como también darle un motivo de trabajo.

En relación a lo último, también podemos mencionar que varias de las tierras y sus “títulos” fueron acondicionados para labores de agricultura, dándoles así un valor solo de mera tenencia, más que de posesión sobre las mismas, pues es claro cuando se indica lo siguiente: “Y asimismo que las tales personas a quien diéreis y repartiéreis las dichas tierras no puedan hacer, ni hagan, en ellas ni en parte de ellas cargo ni descargo alguno de metal, ni de brasil, ni de otras cosas algunas de las que a Nos pertenecen y de que por nuestro mandado se ha de hacer cargo y descargo. Y que solamente ellos puedan sembrar y coger y llevar y gozar los frutos de pan y semillas, y árboles y viñas y algodones que en las dichas tierras sembraren y cogieren como dicho es.

Y queremos y mandamos que las tierras que vos difreís y repartiéreis en la manera que dicho es, ningunas ni algunas personas no se las tomen ni ocupen, ni les pongan en ellas ni en parte de ellas embargo ni impedimento alguno, más libremente se las dejen tener, y poseer’ y usar y gozar de ellas según que en esta carta se contiene. Y los unos ni los otros no hagáis, ni hagan, en deal por alguna manera so pena de la nuestra merced y 10,000 maravedís para la nuestra Cámara a cada uno que lo contrario hiciere.²

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos considerar que, en este periodo de tiempo, la propiedad indiana como tal, era parte de lo que mantenía la corona, por lo cual, a pesar de ser llamada propiedad indiana, esta no pertenecía como tal a los indígenas, pues su título era de la corona.

En sintonía, con lo que se refiere anteriormente, se puede decir que existían a dicha época varias razones por las cuales la corona española consideraba que estas tierras y por lo tanto sus títulos, les pertenecían a ellos, entre ellas se esgrimen cuestiones religiosas, culturales, de descubrimiento entre otras; a si se deja saber: “Entre los títulos invocados esta el de la ocupación o invención, que significaba que el descubridor de tierras que no pertenecieran a otro – res nullius o res derelictae- podía adquirir el dominio de ellas por aprehensión material

² Ibidem.

e intención de hacerlo. Muy pocas, sin embargo, eran las tierras de indias que no tuvieran dueño. Ante ello, algunos protestaron que los indígenas no eran dueños de sus tierras, basándose en que, por sus delitos contra natura – sodomía, antropofagia, incesto, etc- habrían perdido todo derecho.”³

Lo anterior, evidencia que, si bien los indígenas tenían lo que se podría denominar un “justo título” de la época, por razones externas se le quito e impidió dicha posibilidad e incluso se les despojo de todos sus bienes. De las forma se expresa a continuación al mencionar que: “Algún otro expreso que la negativa de los indios a abrazar la fe cuando esta les era predicada daba pie a que se pudieran tomar legítimamente sus bienes”⁴. Ante lo anterior, podemos señalar una conclusión clara, la cual indica que para la época los indígenas tenían “títulos” de sus propiedades, eran poseedoras de ellas, pero por distintos motivos fueron despojados de las mismas. Como también, aquellas que se les concedieron tenían como fin el trabajar la agricultura entre otras labores.

Por otro lado, investigaciones recientes hechas con acuciosidad en los archivos del periodo monárquico, han demostrado que la propiedad indígena fue protegida frente a ocupaciones ilegales y usurpaciones por las autoridades judiciales de la Corona, reconociéndose la validez de los títulos de propiedad de los indígenas, muchas veces fundado todo ello en la costumbre indígena, anterior al descubrimiento de América.⁵

DE LAS RADICACIONES

En un inicio el referido periodo de radicación de las comunidades, encuentra lugar en la sedentarización que se buscaba para las comunidades indígenas. En especial para el pueblo mapuche, tal como se menciona a continuación esta etapa, estuvo marcada por distintos episodios históricos año tras año, así se dice que: “primer período el cual llaman de la Radicación, denominado así, porque justamente, busca la sedentarización de los pueblos indígenas, en especial del pueblo Mapuche. Comienza en 1813 y va hasta 1927. Diversos

³ Antonio Dougnac Rodríguez. Manual de historia del derecho indiano. McGraw-Hill Interamericana. 1998. Página 36.

⁴ Ibidem.

⁵ Quiroga Daniel Oscar. “Justicia y territorialidad en la visita de Toledo al repartimiento de Sipe Sipe (Cochabamba, Charcas, Siglo XVI). Revista Memoria Americana. Cuadernos de Ethnohistoria. Volumen 30 N°2, páginas 153 y siguientes.2022. Universidad de Buenos Aires.

decretos rigen en este período, como el del 1 de Julio de 1813, que ordena el establecimiento de villas para indígenas. En 1823 se dicta una ley que fija el procedimiento para vender las tierras indígenas. En junio de 1830, se publica un decreto que ordena enajenar los terrenos sobrantes del Estado, las tierras indígenas se declaran "en perpetua y segura propiedad" y el resto, de pertenencia estatal, se subasta. El 4 de diciembre de 1866 se dicta la ley más importante de esta etapa de reducción y pacificación del pueblo Mapuche, la cual establece la fundación de poblaciones en territorio indígena y dictamina las normas para la enajenación de las propiedades. Éstas son vitales en el proceso de expoliación y despojo, ya que plantea que los contratos translaticios de dominios sobre terreno indígena, sólo tienen validez si el que enajena tiene título de propiedad escrito y registrado, documentación que lógicamente los indígenas no tenían.”⁶

Como se infiere de lo anterior, el periodo referido abarca una gran cantidad de años, entre los cuales se fijaron leyes, cambiaron algunas y dictaron otras. Junto con esto debemos considerar efusivamente el periodo republicano en Chile, durante el cual varias de las leyes indígenas existentes fueron derogadas, pues existió una división, al sur y al norte del río Bio-Bio; mientras al sur existió un parlamento para tratar el conflicto indígena; al norte el comandante supremo de la época, señalaba que todas las personas eran iguales en derechos, por lo tanto, se abolieron las protecciones existentes de la época colonial, así se deja saber mediante lo siguiente: “En 1825 se adoptó el Parlamento de Tapihue, entre las autoridades indígenas y un enviado plenipotenciario del Senado de la nueva República, por medio del cual se puso fin a las hostilidades. Más allá del debate sobre el alcance de dicho Parlamento, lo cierto es que el gobierno chileno sobre los indígenas mapuche sólo tuvo efectividad al norte del Biobío, específicamente sobre la población picunche. Por tanto, podemos señalar que la Independencia trajo consigo algunos cambios para la población indígena que habitaba al norte del río Biobío. Así, en 1819, en forma coherente con el igualitarismo propio del discurso republicano adoptado el nuevo gobierno, O'Higgins decretó que los indígenas “deben ser llamados ciudadanos chilenos y libres como los demás habitantes del Estado”, aboliendo así las protecciones propias del sistema colonial, al tiempo que fueron liquidados los pueblos de indios, “rematadas sus propiedades y luego absorbidas por el sistema de

⁶ Bernardo Muñoz. “Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile”. Red de desarrollo agropecuario. 1999. Página. 11.

haciendas, tanto que a mitad de siglo, ya eran indistinguibles del resto de los campesinos chilenos”⁷

Con respecto a lo anterior, se infiere que se abolieron los derechos de indígenas en búsqueda del discurso igualitario de la época republicana, lo anterior al norte del Bio-Bio, ya que al sur del territorio existía aun un conflicto en desarrollo.

Posteriormente en este periodo tuvo vital importancia aquella ley de 1866 que establece la fundación de poblaciones en territorio indígena y dictamina normas para la enajenación de estas propiedades, la cual mencionaba que para dicha enajenación era necesario tener un título sobre la propiedad, tanto escrito como registrado, cuestión de la cual carecían los indígenas. Es decir, en un primer momento la propiedad indígena podía ser enajenada, pero estaba sujeta a la inscripción y registro de un título.

Cuestión que hoy a la fecha (2024) aún resulta necesario para cualquier tipo de propiedad, mas no para la propiedad indígena, ya que actualmente está prohibida su enajenación, cuestión que podemos encontrar en la actual ley 19.253. “ley indígena”.

En relación a lo anterior se crea en 1883 una comisión radicadora, que si sería fructífera y que tendría lugar hasta 1930, donde sería suprimida. Entre sus labores más importantes destaca lo que nos daría lugar a la segunda etapa de este periodo, la entrega de títulos de merced sobre la propiedad indígena.

ENTREGA DE TITULOS DE MERCED

Segunda etapa, de la entrega de títulos de merced. Tal como se señaló anteriormente esta labor fue llevada a cabo por la comisión radicadora creada en la época así lo dejan saber:

⁷ Antecedentes históricos del conflicto territorial en el sur de Chile. Biblioteca Congreso Nacional. 2015. Páginas. 3-4.

“Por otra parte, recién en 1884 se constituye la Comisión de Radicación de Indígenas, encargada de la cuestión clave de otorgar títulos de propiedad a indígenas, los llamados Títulos de Merced, iniciando así con veinte años de retraso la implementación efectiva de la ley de radicación de 1866”.⁸ Se tuvo en consideración en el año 1886 (dos años después de la creación de la comisión radicadora); la prohibición de enajenación de las propiedades indígenas, cuestión que en un inicio se prolongaría por 10 años, pero que finalmente terminó rigiendo hasta 1930. Durante el periodo de funcionamiento de esta comisión se entregaron una serie de títulos de merced sobre diferentes tierras, así podemos señalar que: “La labor de esta comisión se tradujo en el otorgamiento de 2.919 títulos de merced, sobre 526.285 hectáreas para 83.170 personas. El trabajo de la comisión, sin embargo, no tocó muchas zonas de las provincias de Valdivia, Osorno y Llanquihue, las cuales vivirán más tarde la entrega de títulos.”⁹

De la forma anterior se establecieron los primeros títulos que obtendrían los indígenas sobre la tierra, entregados por el presidente de la república y que constituirían, tal como se menciona, “títulos de propiedad”. Los cuales en principio fueron el fundamento legal del posterior Derecho Indiano existente.

Sin embargo, respecto de esta época empiezan los primeros problemas, principalmente sobre dos aspectos, el primero en la entrega de tierras, como se realiza y la cantidad entregada a cada comunidad y el segundo la realización de comunidades que dificultaría el estudio de una propiedad más adelante, pues al constituirse en comunidad, se le identificaba con el nombre del lugar o cacique a dicho territorio, lo que posteriormente daría paso a largos años de división de estas mismas.

⁸ Jorge Pávez Ojeda y Gertrudis Payàs Puigarnau. El protectorado de indígenas en Chile. Ediciones biblioteca nacional de Chile. 2021. Página 21.

⁹ Bernardo Muñoz. “Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile”. Red de desarrollo agropecuario. 1999. Página 12.

Teniendo en cuenta lo anterior, el primer problema que señalamos generó distintas dificultades, estas dicen relación con que en el año 1973 (anterior a la comisión radicadora) se remataron 170 mil hectáreas a beneficio Fiscal. Lo que produjo que a la hora de radicar a las comunidades muchas veces se les entregara tierra de baja calidad o menor cantidad de espacio. Lo anterior sucede en el marco de una institución llamada protectora de los indígenas, la cual trabajó durante un periodo de tiempo y fue suspendida en otro, siendo finalmente disuelta, así se indica: “El Protectorado de Indígenas fue una institución jurídico-administrativa del Estado chileno, creada por la llamada Ley de Radicación del 4 de diciembre de 1866. Esta operó entre 1866 y 1874, fue luego suspendida entre los años 1875 y 1884, retomando su actividad en 1885, y alcanzando su mayor desarrollo institucional y cobertura territorial entre los años 1909 y 1916. En 1930, fue definitivamente disuelta por la Ley 4802”.¹⁰ En esta institución se desempeñaban los protectores de indígenas que funcionaron en 1873, debían entregar una memoria a la inspección general de tierras y colonización se crea en 1877 dependiendo del Ministerio de OOPP y luego al Ministerio de relaciones exteriores. Debían entregarse en enero y debían cubrir el año completo.

En general los protectores de indígenas coinciden en que las normas legales de protección dictadas por la república, sobre tierras y derechos indígenas, no fueron eficaces para evitar los abusos contra indígenas. Así se demuestra a través de lo siguiente: “La más frecuente de estas es apoderarse de ellas por medio de arriendos: como la mayor parte de los indígenas son comuneros en el inmueble que poseen, el interesado en usufructuarlo se fija en el individuo más infeliz y perezoso de la reducción y por una cantidad irrisoria de dinero, muchas veces por unos cuantos litros de aguardiente, se lo arrienda. El arrendatario no se limita a ocupar la posesión que antes ha tenido el arrendador, sino que escoge el terreno de mejor calidad y ubicación, sin tomar en cuenta para nada a sus poseedores, y en él se queda con ánimo de señor y dueño. Cuando semejantes abusos se cometen en este departamento, no es difícil su reprensión; no así cuando ocurren en otro.

¹⁰ Jorge Pávez Ojeda y Gertrudis Payàs Puigarnau. El protectorado de indígenas en Chile. Ediciones biblioteca nacional de Chile. 2021. Página 12.

Medio bastante usado es también tomar posesión a viva fuerza, expulsando a los indígenas y en seguida presentarse solicitando radicación en ellas a título de colono nacional.”¹¹

Por otro lado, las leyes no establecían de forma expresa y clara que en las tierras de colonización debían primero radicarse a los indígenas y luego en el sobrante se realizaran remates a beneficio fiscal y fundación de pueblos (tal como a su efecto si se realizó de esta manera en la comuna de Chiloé). Esto afectó de sobre manera a las comunidades, ya que la norma no contenía un orden, por tanto, se confirman los remates fiscales sobre estos territorios (donde cualquier persona podía adquirir) y por otro lado, no logro fijarse con precisión la cantidad de hectáreas que se le debían entregar a las comunidades, lo cual produjo que en un inicio de las radicaciones se otorgaran cerca de 20 hectáreas por persona indígena de la comunidad y ya casi al final de esta etapa se otorgara 1 hectárea por persona indígena de la comunidad. Estos dos hitos; los remates fiscales y orden de la norma por un lado y la mala distribución, produjeron lo que se mencionaba, entrega de territorios con tierras de mala calidad y en espacios reducidos.

Por último, una de las grandes aristas en este proceso era determinar si la persona que asistía a la radicación tenía la calidad de indígena (cuestión indispensable), al no estar del todo clara la forma de señalar si la persona era indígena o no, muchas veces se hizo comparecer a personas que no ostentaban la calidad indígena, haciéndolos pasar por tal. Este último punto resulta mayormente relevante en este trabajo, ya que como se determinará más adelante la calidad de indígena se podrá considerar un requisito intrínseco a la hora de realizar un estudio de títulos de una propiedad. Un ejemplo de lo anterior, es lo que a continuación se señala: “El Protectorado de Indígenas fue el principal lugar de inscripción de la agencia jurídico-legal mapuche en su demanda por tierras, aunque no el único. En sus documentos destacan centenares de nombres propios mapuche, los que solicitan la representación de sus derechos al protector, ante el acoso permanente de los “particulares” que ambicionan la apropiación de sus tierras. Al mismo tiempo, los documentos rubricados por el Protectorado de Indígenas

¹¹ Ibidem.

se inscriben en un régimen de enunciación que repite y reproduce enunciados y prácticas racistas, propias de la ideología de protección, tutela y asimilación, la que infantiliza e inferioriza a los indígenas al mismo tiempo que oblitera y elimina su lengua, el mapudungun, y su nombre como pueblo, el mapuche”¹²

Junto con la información anterior, dadas las dificultades de convivir en comunidad y como esto complicaba la posibilidad de disponer de la tierra por cada uno de los comuneros, antes de 1930 tras una serie de informes de los llamados protectores de naturales, desarrollan una crítica a la propiedad comunitaria, principalmente ya que esta dificultaba la iniciativa individual o capacidad de emprendimiento. Se inclinan entonces en un inicio por permitir que las comunidades se dividan. Es en este punto donde iniciaría la tercera etapa de este periodo denominada “de la división de las comunidades indígenas”.

DIVISION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS.

En 1930 se dictaría la ley 4.802 que fijaría las normas para la división de las tierras indígenas. Junto con esta nueva normativa nace una figura jurídica de gran relevancia, los juzgados de indígenas; institución la cual tendría una importancia primordial para lograr las divisiones de comunidades indígenas. Se contemplarían cinco juzgados de indígenas, cada uno de estos tribunales tenía un juez, secretario y dentro de su competencia es que podían conocer de los procesos de división de tierras de indígenas. El tribunal competente sería el de la zona, y bastaba que solo un comunero pidiera la división de su comunidad para que se efectuara este proceso. Por lo demás, se establece que “la división puede ser realizada de oficio por el juez”¹³ esta pequeña frase es significativa ya que el procedimiento de división carecía de mayores regulaciones y dejaba a este juez de indígenas la tarea de lograr la división de las comunidades fuese por petición de un comunero o de oficio por labor propia. Además, en consideración a quienes vivían en dicha comunidad, la ley planteaba que, en caso de la

¹² Ibidem.

¹³ Bernardo Muñoz. “Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile”. Red de desarrollo agropecuario. 1999. Página 13.

división y posterior enajenación de esta tierra común, solo podía adjudicársela personas que estuviesen viviendo en dicha comunidad.

Al unísono con lo anterior, se establecía que aquellos títulos particulares, prevalecerían por sobre los títulos de merced, en caso de que existiese sentencia expropiatoria, es decir que de esta forma se buscaba favorecer al o los ocupantes de los terrenos.

Solo un año más tarde en 1931, sería refundada la ley 4.802, por una nueva norma, la ley 4.111 que elevó la cantidad de comuneros que solicitaría la división de sus tierras, pero a la vez se suspendería la atribución que tenían los tribunales para dividir a las comunidades. En relación a esto una serie de leyes y normas sistematizan y prorrogan las limitaciones de los indígenas para enajenar sus tierras, lo anterior hasta 1942 donde se establece un periodo de libre enajenación. Durante este tiempo se consideran alrededor de 100.000 hectáreas como tierras vendidas a pequeños y medianos latifundistas, esto seguiría de esta manera hasta el año 1947 donde se reestablecen las medidas de la ley 4.111 de 1931. Se puede inferir que muchos de estos trasposos se hicieron bajo desconocimiento de las leyes y en el afán de disolver las comunidades, por parte de los indígenas, quienes por lo demás muchas veces desconocían el valor del título que poseían sobre sus tierras. En el mismo año (1947) la ley 8.736, además de reestablecer lo ya mencionado, crea la dirección de asuntos indígenas. Posteriormente, en el año 1961 llegaría una prohibición bastante conocida, la cual es que no se puede enajenar la tierra indígena a una persona que no posee esta calidad, es decir que no se podía vender una propiedad por una persona indígena a otra persona que no lo es.

En sintonía con lo anterior, si bien el objetivo principal era lograr la división de las comunidades, esto no se lograría completamente, sino que, de manera parcial, esto ya que, durante el periodo referido, se registrarían alrededor de 800 comunidades, dando lugar a un nuevo registro de propiedades individuales, que alcanzaría cerca de las 14.000, y siendo en ocasiones muy pequeñas, dando lugar a territorios incluso menores a una hectárea. Aun teniendo lo dicho en consideración, señalan los autores que: “en todo caso que, si bien no se

logra la división total de la propiedad comunitaria, no deja de ser cuantitativamente importante la cifra. Entre los efectos más importantes de la división de las comunidades, lógicamente está la disminución del promedio de hectáreas por familia, con el consiguiente empobrecimiento, ya que debemos tomar en cuenta el crecimiento demográfico normal de las comunidades.

Otro efecto grave del período es el traspaso de esas tierras a particulares, resultado de presiones económicas, desconocimiento de las leyes, engaños, etc. Es así como, al inicio de la reforma agraria”.¹⁴

Con esta última etapa respecto de las comunidades indígenas y sus tierras, empieza la comprensión notoria de lo complejo que es definir que título corresponde a la tierra, quien era legítimo dueño de la misma y bajo que mecanismo se obtuvieron los títulos de dichas propiedades.

Tal como se hace mención en párrafos anteriores, terminadas las 3 etapas descritas, entramos a un periodo de tiempo donde encontraremos por un lado el avance de la reforma y contrarreforma agraria, para culminar con la actual ley vigente 19.253 de 1993.

Así en 1967 iniciaría con la creación de la ley 16.640 el periodo de la reforma agraria. El impacto generado por este proceso fue un tanto limitado, ya que se tenía en consideración o a la vista la figura del campesino y de menor manera se consideraba a la persona indígena. También como en todo proceso donde está involucrado el Estado y el territorio, se crean nuevas instituciones, en ese momento aparece el CORA (Corporación de la reforma agraria). El principal problema con esta nueva institución es que no hacían entrega de títulos de propiedad legal sobre las tierras, ante lo cual claramente la persona indígena quedaría en indefensión legal con la venidera contrarreforma del gobierno del presidente Salvador Allende, donde el proceso agrario resultaría ser más acelerado. Con todo, se puede mencionar

¹⁴ Ibidem.

que “En el período del presidente Allende el proceso se acelera, y en septiembre de 1972 nace la ley 17.729 (ley de Reforma Agraria bajo el presidente Allende) que buscaba, con participación de los afectados, la solución de los graves problemas que los afectaban, pero por razones históricas, no tuvo larga duración. Esta ley tuvo el mérito de contemplar dos mecanismos jurídicos para la recuperación de las tierras indígenas: la expropiación en razón de utilidad pública y la restitución. Además, crea el Instituto de Desarrollo Indígena.”¹⁵

Vinculado a lo anterior así se describe el problema presentado por el CORA; “Si bien es cierto que la CORA expropió fundos para ser traspasados a los indígenas (y campesinos en general) procedió a entregar sólo el usufructo del uso de la tierra, pero no la propiedad legal sobre la misma, fue el caso de San Juan de la Costa, por ejemplo.”¹⁶. Así, como ya se hizo mención esto generaría un problema de indefensión legal, principalmente en las personas indígenas, quienes fácilmente podrían ser expulsados de dichas tierras al ser ocupantes de estas y no contar con un título legal. (El cual posiblemente durante los periodos descritos existió, pero fue vendido o entregado bajo circunstancias irregulares).

Con relación a la reforma, tal como se dijo existiría la contrarreforma del presidente Allende, pero que no tendría una larga vida, pues por situaciones fácticas, termina en 1973 su gobierno, con el golpe de estado realizado por diferentes miembros del ejército militar chileno. Durante la estadía de la junta militar en 1979 dictan dos decretos que tienen relevancia para esta investigación, los cuales apuntaron a un proceso de aceleración de la disolución o división de comunidades indígenas; “La Junta Militar dictó en 1979 los decretos de ley 2.568 y 2.750,2 decretos que apuntan a revertir absolutamente el proceso anterior avanzado por la reforma agraria, llevando a un mayor ritmo en los procesos de división de comunidades. Se regresa, así, por ejemplo, a la situación de que basta que un solo comunero pida la división para que esta se realice.”¹⁷ Así, son múltiples las causas por las cuales se disuelven comunidades, se pierden tierras indígenas y junto con ello el registro de sus títulos y verdaderos dueños de las mismas.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

Terminando el relato histórico-social de como se ha ido movilizandando la propiedad indígena, en el entendido de los diversos cambios y normativa que ha ido rigiendo con el avanzar del tiempo, como así también los cambios en las distintas instituciones. Queda integrar la normativa vigente actualmente, la ley 19.253 “ley indígena”, dictada en octubre de 1993, durante el gobierno del presidente Patricio Aylwin, en el seno de la comisión especial para pueblos indígenas, creada en la época. Esta nueva ley es pensada para dar revertir lo que se conoce como “igualdad jurídica” pues este concepto es observado negativamente, ya que contemplaba un serio desconocimiento tanto de los derechos consuetudinarios como de la cultura de los distintos grupos indígenas. Esta ley en cambio trae consigo la idea de discriminación positiva.¹⁸

Con la dictación de la ley surgen distintos elementos a tener en consideración, principalmente su concepto de tierras indígenas, descrito en la misma. El estudio de esta será considerado en el segundo capítulo de esta investigación, donde se desarrollarán y analizaran las características y cambios que trajo consigo su normativa para estudiar las propiedades.

Por otro lado, haremos mención a los distintos elementos que se deben tener a la vista y que se pueden extraer del desarrollo histórico por el cual ha pasado la propiedad inmobiliaria indígena. En este punto, debemos considerar, elementos tales como la ubicación de la propiedad, la persona que ha residido en ella, los cambios que ha sufrido a través de los títulos legalmente emitidos y la calidad de la persona que en ella vive. Estos serían algunos de los indicios iniciales, pero recordemos que a la vez debemos complementarlos con lo que más adelante se describirá de la ley 19.253 y a su vez, la importancia de la CONADI en este proceso.

¹⁸ Bernardo Muñoz describe dicho concepto como la idea de integración de los distintos factores que envuelven un entendimiento de la normativa indígena. Al efecto señala que, dentro de la ley, la costumbre constituye Derecho cuando se tratase de juicios entre personas de calidad indígenas, como así también se acepta legalmente el uso de una lengua distinta al español durante la realización de los juicios.

CAPITULO II: ESTUDIO DE LA LEY 19.253, “LEY INDIGENA” Y SU IMPORTANCIA EN LA DETERMINACION DE LA PROPIEDAD.

DE LA DICTACION DE LA LEY.

Con el gobierno del presidente Patricio Aylwin y la dictación de la ley 19.253 denominada ley indígena, nacen nuevos conceptos e ideas relacionadas a la propiedad inmobiliaria indígena, como así también para la determinación del estudio de la misma, dándole importancia a distintos factores, entre ellos la calidad de la persona (si es indígena o no) y el título que ya posee la propiedad.

Teniendo a la vista los elementos del primer capítulo, los cuales describimos como la ubicación de la propiedad, la persona que ha residido en ella, los cambios que ha sufrido a través de los títulos legalmente emitidos y la calidad de la persona que en ella vive. Y teniendo a la vista la ley vigente debemos iniciar señalando que la inscripción de títulos y el sistema registral, nació para darle una mayor seguridad jurídica a aquello que se considera de mayor valor, el inmueble, de esta manera se ha ido generando un sistema registral en Chile, parecido al del Derecho comparado, de esta forma se menciona que “Al pie del punto previamente sentado, es evidente que en derecho comparado la inscripción conservatoria se ha consolidado como el principal y más eficiente mecanismo utilizado por las legislaciones modernas para proteger la propiedad inmobiliaria. No es en absoluto casualidad que el derecho inmobiliario sea en gran parte del orbe un derecho “Registral”, sujetando a catastro a los bienes inmuebles, que pasan a ser por ello bienes “de edición limitada”, con “cédula de identidad”. En efecto, aquello ha derivado a que hoy en día se torne prácticamente imposible concebir la propiedad inmobiliaria sin registro. ¿Por qué? La respuesta ya la han dado el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y las Naciones Unidas, destacado reiteradamente a los países la importancia de unos registros bien gestionados para favorecer el desarrollo económico y luchar contra la pobreza.”¹⁹

¹⁹ Álvaro Morales Marileo. “Calificación de tierras indígenas; problemas y desafíos actuales”. Revista de derecho inmobiliario, editorial metropolitana, 2018, página 2.

En contraposición a esto último vale decir que ha persistido lo que en esta investigación es de vital importancia, el concepto de “propiedad indígena”, “Aquello tiene sus antípodas en hechos históricos, dado que, al nacimiento del Chile independiente, en el territorio que existía ente el Bío-Bío y el Toltén, no rigieron ipso facto las primeras leyes patrias, ni el Código Civil de Bello osó pronunciarse. Ante esa realidad peculiar, desde 1813 el Estado se ha visto compelido a regular la situación de la tierra indígena –identificada eminentemente con el mapuche dictando una seguidilla de leyes, decretos y reglamentos, todos con enfoques diferenciadores al sistema de uso común y tratamientos eminentemente parciales e inorgánicos”²⁰. Tal como podemos evidenciar, lo descrito proviene del correlato histórico entregado en esta investigación inicialmente, de esta forma, vemos que resulta necesario a luz de dos visiones como lo son el establecimiento de un sistema registral que toma relevancia en los últimos años y su contraparte la denominada propiedad indígena, que empieza hacerse parte de este sistema poco a poco.

Teniendo a la vista lo anterior, cabe preguntarse, que es la denominada propiedad indígena y como se ha conceptualizado. Para esto debemos tener a la vista la ya mencionada ley 19.253 de 1993. La cual en su articulado viene a dar luces de lo que se entiende por “propiedad o tierras indígenas”.

LA LEY Y SUS ARTICULOS.

Iniciaremos haciendo mención a los artículos que se consideran de mayor relevancia para esta investigación y el tema en cuestión. Es decir, debemos tener a la vista a lo menos una serie de normas que en su conjunto nos ayudaran a interpretar que se ha entendido por propiedad indígena y ciertos elementos de mayor importancia, al momento de realizar un estudio de títulos de estas propiedad, en contra posición a las propiedades “comunes”. Así de esta manera haremos mención a algunos artículos de la ley 19.253 y posteriormente iremos

²⁰ Ibidem.

analizándolos en el mismo orden que se mencionan. Para lo anterior, debemos considerar los artículos 1, 2, 3, 12, 13, 15, 39 letra g.

En su artículo primero, la ley deja saber el reconocimiento de los indígenas en Chile, naturalmente de los descendientes de estos desde los tiempos precolombinos, como también hace mención a los distintos pueblos indígenas, entre ellos Mapuches, Aimara, Diaguita, etc. Y termina con su inciso 3ro señalando el deber general de la sociedad y el estado de respetar, proteger, asegurar y promover el desarrollo de los indígenas, su cultura, sus familias y comunidades, adoptando todas las medidas necesarias para dicho fin. Como se puede inferir de la norma, se busca dar un sentido de reconocimiento por parte del estado a las personas indígenas, las comunidades y los pueblos históricamente reconocidos de todo el país. Esta sería una de las características principales de la ley, reconociendo una bilateralidad entre el estado y los pueblos indígenas. De igual manera deja de lado la impersonalidad como en la mayoría de la legislación chilena, pues en este caso la ley si apunta a personas en específico, los indígenas. Estas son algunas de sus características fundamentales como ley indígena.

En párrafo segundo, artículo 2 de la ley se caracteriza lo que se entiende por “calidad indígena”, así la norma menciona que se entiende por indígenas, en su letra A, B y C.

Letra A: “Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.”

B: “Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;

Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y”

C) “Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.”

Así de esta manera podemos señalar un elemento no menor, el cual es, que existirían 3 tipos de formas de poseer la calidad indígena, por descendencia de madre o padre (también la adopción), segundo por tener a lo menos un apellido indígena o demostrar su calidad de tal, al menos por 3 generaciones y por último, manteniendo una forma de vida, costumbre o religión de las distintas etnias, practicadas de manera habitual o cuyo cónyuge sea indígena, teniendo a la vista que deberá hacerse alusión a la auto identificación por la persona de su carácter de indígena.

Esta norma en cuestión nos permite tener a la vista como identificar a una persona que posea calidad indígena, sirviendo para tales efectos en la determinación futura de si reside en propiedad que puede ser catalogada como indígena, ya sea por su carácter de tal o por la sola denominación de la tierra por sí misma como indígena. Cuestión que nos servirá más adelante.

Respecto del artículo 3ro de la ley, entrega las formas de acreditar la calidad de indígena, de esta manera le deja dicha labor a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante CONADI); encargándole para tales efectos la entrega de un certificado. Así también considera otros mecanismos en caso de que este organismo se negase a otorgar dicho certificado, pudiendo la persona asistir al juez de letras respectivo para solicitarlo. Por último, considera la opción de impugnar dicha calidad por parte de cualquier persona que tenga un

interés en ello, aun cuando la persona a la cual se le cuestione su calidad de indígena, cuente con el mencionado certificado. Podemos decir que la norma en cuestión busca agilizar la determinación de la persona y su calidad de indígena, como también implementa un mecanismo que permita desacreditar esta característica sobre aquella persona que no lo sea, por aquel que tenga un interés en ello.

Posteriormente en su artículo 12, la ley interviene en un hito importante para esta investigación, sino uno de los más relevantes a tener en consideración para determinar tomar una propiedad como indígena y poder realizar el correcto estudio de títulos de la misma. Así, inicia mencionando: Son tierras indígenas:

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

En este punto la norma inicia un listado, el cual es atingente a distintas fechas y leyes, las cuales fueron mencionadas en ciertas partes del primer capítulo de esta investigación. De esta manera inicia señalando que:

“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 II, III, IV, V, VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación.

A través de los puntos anteriores, se puede decir que existen distintos títulos que se consideran para catalogar la tierra como indígena y darle tal estatus. Cuestión importante, toda vez que nos daría las primeras luces sobre de donde iniciaría un eventual estudio de títulos en una de estas propiedades, esto debiese ser desde la dictación de la ley indígena en 1993.

En relación a lo último terminaremos de analizar el artículo por completo, en su numeral 2do indicara: *2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, Rapa Nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, diaguitas, changos, 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.*

Cabe mencionar a la luz de este numeral 2do, el factor de la territorialidad, es decir la norma en si misma alude a los territorios que se han mantenido ocupados por diferentes comunidades o personas indígenas. Esta última mención, nos dirige al artículo 2do de la ley 19.253 esbozado y analizado anteriormente, ya que no solo empieza a considerarse la propiedad misma, sino que también la calidad que posea la persona. A mayor entendimiento la ley nos indicaría que no solo será considerada una propiedad inmobiliaria indígena aquella que se encuentre en dominio de una persona que ostenta alguno de los títulos del artículo primero de la ley, sino que también incluye a la persona misma, si esta posee la calidad de indígena, debiese por ley considerarse o a lo menos tenerse a la vista que la propiedad que posee, esta investida de tal calidad indígena también.

A la vez en sus incisos precedentes indicara la ley que: *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.

Bajo el análisis de la norma anterior se da lugar a distintos conceptos a tener en consideración, el primero de ellos es que ya no solo basta un análisis de la propiedad misma, sino que debemos considerar la calidad de la persona que en ella reside o bien sobre la que tiene dominio. A partir de aquí la siguientes normas que mencionaremos, tienen una vinculación directa con este artículo 12 y sus distintos numerales.

En artículo 13 de la ley, se describen los distintos negocios jurídicos que se pueden realizar sobre la propiedad indígena, determinada en la norma anterior. A su vez se mencionan las prohibiciones sobre dicha propiedad, permitiendo aquellos negocios solo en base a la autorización de la corporación (CONADI). De esta forma la norma describe lo siguiente:

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

Igualmente, las tierras cuyos titulares sean Comunidades Indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras.

Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta.”

Como se mencionaba la norma en sí misma, señala una serie de negocios prohibidos, pero también aquellos que se podrían llegar a realizar. Quizás la más importante de las prohibiciones es la de enajenación, ya que tiene directa relación con el hecho de motivar un estudio de títulos sobre una propiedad inmueble, a fin de conocer su historia. De esta forma se pueden evitar las compra ventas sobre este tipo de propiedades, dando luces de igual forma a las respectivas instituciones involucradas sobre no dejar celebrar este tipo de contratos, especialmente al conservador de bienes raíces.

Bajo la lógica anterior, resulta necesario mencionar lo que señala el artículo 15 de la ley, el cual hace referencia directa a un registro público que debe mantener la CONADI sobre las tierras indígenas. Impartiendo a su vez ciertas instrucciones a los conservadores de bienes raíces; de la forma anterior indicará la norma que:

“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.

Los Conservadores de Bienes Raíces deberán enviar al citado Registro, en el plazo de treinta días, copia de las inscripciones que realice y que recaigan sobre los actos o contratos, a que alude el artículo 13 de esta ley.

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

El presidente de la República dictará un reglamento que fijará la organización y funcionamiento de este Registro.”

Tal como se señala existe un público conocimiento de aquellas tierras catalogadas como indígenas bajo la caracterización o mención que realiza el artículo 12 de la referida ley. Sin embargo, aun teniendo a la vista dicho registro, pueden existir tierras que cumplan o se encuentren dentro de la categorización que realiza el artículo 12 y puedan no estar dentro del registro público llevado por la Corporación. Ante lo anterior, que una propiedad este o no en dicho registro, dicta más de ser una simple formalidad publicitaria que una obligación. A la luz de esto se puede indicar que: “Este Registro que es de carácter nacional y permanente tiene como objetivo principal la incorporación de las tierras a esta instancia que acredita su calidad de indígena. Precedente de este Registro sería el “Registro Conservador de la Propiedad Indígena, creado por la ley de 1866.

La inscripción solo acredita su calidad de Tierra Indígena y es solo una forma de publicidad, pero la Tierra será indígena abstracción hecha de su inscripción en este Registro, si cumple con los requisitos legales del artículo 12 de la Ley y no es necesario que estén inscritos en el Registro Público de Tierras Indígenas.

Este Registro no tiene un carácter constitutivo, aunque la jurisprudencia de los Tribunales no es uniforme sobre el punto. Hay si una excepción respecto de las tierras provenientes de la Reforma Agraria y que históricamente hayan ocupado, que para ser tierras indígenas deben estar necesariamente inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas.

Por lo demás, el Registro Público de Tierras Indígenas no tiene registradas a todas las tierras indígenas, pues pueden perfectamente existir tierras indígenas que cumplan los supuestos taxativos del artículo 12 y que no estén inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas.

En ese supuesto la única forma de argumentar la calidad de indígena ante terceros es a través de un estudio de títulos que da cuenta el cumplimiento de artículo 12 o tramitando un juicio declarativo sobre el punto”²¹.

Como se desarrolla en el párrafo anterior, es un hecho concreto que el registro llevado a cabo por la Corporación es meramente publicitario, pues se podría estar cumpliendo con lo dictado por el artículo 12 pero no estar en dicho registro. Ante esto el reunir los elementos y evidenciar lo necesario para un estudio de títulos sobre la propiedad inmobiliaria indígena toma sentido, o bien como menciona el autor podría llevarse a cabo dicho reconocimiento a través de la tramitación de un juicio declarativo.

Por último, a pesar de la existencia de este registro que debe efectuar la Corporación, debemos tener en consideración, que este sistema registral de carácter especial, funciona sin perjuicio de la legislación general del registro de la Propiedad; de esta forma se deja saber en el artículo 39 letra G de la ley, en el cual se menciona: Mantener un Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas y un Registro Público de Tierras Indígenas sin perjuicio de la legislación general de Registro de la Propiedad Raíz;

Este último párrafo nos deja entrever que podría darse un registro de una propiedad conforme a la legislación general en el registro de propiedad raíz, aun cuando dicha tierra pudiese estar dentro de una de las 4 categorías que ofrece el artículo 12 de la ley 19.253.

²¹ Nelson Gutiérrez. “Restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas”, Revista fojas, 2018.

DE LOS ELEMENTOS Y DIFICULTAD PARA EL ESTUDIO DE TITULOS.

¿Qué tan complejo, resulta determinar los elementos necesarios para un estudio de títulos? Si bien es una labor que puede resultar un tanto compleja, la determinación de los elementos está a la vista con la ley indígena. Mas bien, el elemento en discusión es como calificar un inmueble como indígena, pues esta tarea es un tanto más difícil, ante esto se puede inferir lo siguiente: “El tratamiento por parte de la Ley N.º 19.253 hace bastante técnica y compleja la calificación de las tierras indígenas, exigiendo de por sí a los operadores inmobiliarios un estudio de títulos de características especiales, que se debe nutrir de información tanto objetiva –historial de dominio, elemento real- como subjetiva – características étnicas de sus titulares, elemento personal-, conjugándose ambos elementos –elemento funcional- en una dinámica que es aún bastante desconocida. Lo anterior genera un caldo de cultivo para situaciones de evidente infracción a la ley, disparidad de criterios y cuestiones no zanjadas, con los efectos descritos.”²².

Conforme al análisis que se ha hecho en los párrafos anteriores, sobre la importancia de un cúmulo de artículos de la ley 19.253, resulta necesario en este punto detenerse en el ya referenciado múltiples veces artículo 12 de la ley, y es que es este el que contiene la clave inicial para dar lugar a lo que podríamos llamar los elementos necesarios para realizar un estudio de títulos de la propiedad inmobiliaria indígena. Tal como se mencionó en su debido momento, el hecho de que esta ley sea el paradigma necesario para la labor mencionada, nos lleva a dilucidar que la existencia de un estudio de títulos de estas características, no puede estar basado en 10 años; como se realiza generalmente para las propiedades. Por tanto, es necesario retroceder hasta la entrada en vigencia de esta ley para tener a la vista que o como se reconoce una propiedad como indígena.

²² Álvaro Morales Marileo. “Calificación de tierras indígenas; problemas y desafíos actuales”. Revista de derecho inmobiliario, editorial metropolitana, 2018, página 5.

Frente a lo expuesto anteriormente, debemos mencionar las formas en que la ley, específicamente el artículo 12 considera una propiedad como indígena. Se inicia con un ánimo taxativo, dando lugar a los distintos títulos; prosigue con formas en que el estado ha usado para entregar o ceder tierras indígenas (indicando una multiplicidad de leyes); y continua con aquellas donde existen beneficiarios indígenas, que inscribirán estas tierras en el registro de la Corporación. En su numeral 2do indica a las tierras ancestrales, aludiendo a los distintos pueblos existentes y reconocidos; luego en el inciso 3ro vincula las propiedades del numeral 1ro y sus letras, con declaraciones futuras que se hagan sobre estas tierras ya sea a personas o comunidades por parte de los tribunales de justicia; y finaliza con el inciso 4to señalando aquellas propiedades que los indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito por parte del estado.

Teniendo en consideración las 4 formas que indica la ley y vinculado al sistema registral que lleva a cabo CONADI en virtud del artículo 15; podrían darse luces de que propiedades califican como indígenas; sin embargo, cabe mencionar que existen ciertas diferencias entre las propiedades inscritas y aquellas que caben dentro de las cuatro categorías del artículo 12; por lo cual, cabe señalar que “ La disparidad entre las tierras indígenas del artículo 12 y las tierras indígenas inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas que surge de las disquisiciones anteriores, fue concebida por el legislador sólo como una situación transitoria, dado que el espíritu de la norma –artículo 15- es que se inscriban “todas” las tierras indígenas en el Registro Público de Tierras Indígenas.

Es útil saber sobre este punto que desde un principio CONADI rompió la pasividad registral procediendo a inscribir de oficio los títulos de merced indivisos, y –de una manera progresiva- también las hijuelas inscritas en los registros conservatorios de bienes raíces resultantes de los procesos de división de esos títulos, comenzando por la última ley divisoria (Decreto Ley N° 2.568, de 1979).¹⁴ Sin perjuicio de lo expuesto, a la fecha es un hecho que no todas las tierras indígenas están inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas de la CONADI, por lo que limitarse a la presencia o ausencia de dicha inscripción no es en absoluto

un parámetro válido para efectuar conclusiones respecto a la calificación indígena de un inmueble.

En resumen, el Registro Público de Tierras Indígenas de la CONADI está concebido como un sistema registral inmobiliario paralelo al de los Conservadores de Bienes Raíces, y donde la inscripción respectiva da fe exclusivamente de la calidad indígena del inmueble inscrito.”

Expuesto lo anterior, podemos ir dando cuenta de lo complejo que resulta calificar un inmueble como indígena; y es que para comprender lo anterior es necesario ir precisando ciertos elementos, vale decir que hasta el momento revisten importancia, la calificación de la persona, la calificación del inmueble (a través del artículo 12 de la ley 19.253) y por último el referido registro de la Corporación. Debemos considerar inicialmente lo que se nos indica a continuación; “Para comprender la dinámica subyacente a cada una de estas 4 categorías que resulta en una calificación de un inmueble como tierra indígena, doctrinariamente es muy útil seguir la disección que hace Marcelo Neculmán y Marcela Werlinger en elemento real, elemento personal y la esencial vinculación de ambos. A saber:

1. El elemento real: debe tratarse de inmuebles cuyos títulos provengan de alguno de aquellos antecesores de dominio enumerados en el artículo 12;

2. El elemento personal: Que el titular sea una persona natural indígena o una comunidad indígena;

3. Que exista un vínculo entre ambos. Este vínculo puede encontrarse fundado en la ocupación “actual” en propiedad o posesión (12 N° 1, “actualmente ocupan en propiedad o posesión”), entendiéndose actual a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.253; 29 en una ocupación y posesión histórica y presente (12 N° 2, “han ocupado y poseen”); en un

reconocimiento judicial futuro contado desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.253 (12 N° 3, “se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a...”); y en una entrega futura contada desde la entrada en vigencia de la ley a título gratuito y por parte del Estado (12 N° 4, “reciban a título gratuito de...”). A este elemento lo llamaremos el elemento funcional, dado que pone en práctica y relaciona a los 2 elementos anteriores.”²³.

Relacionado a lo que se indica, se pueden evidenciar los elementos que mencionábamos, elemento real, es decir la vinculación de la propiedad inmueble con el artículo 12 de la ley y alguna de sus cuatro categorías; el elemento personal, es decir la calificación de la persona, y por último, algo de lo que aún no se daba luces en esta investigación, una vinculación entre ambos elementos que puede provenir de la ley y su estudio del artículo 12, que tal como indicara Morales, se le denomina elemento funcional. Por tanto, se deduce que serán propiedades inmuebles indígenas, aquellas que provengan de alguno de los antecesores indicados en el artículo 12, o bien de un título con aquella calificación que entrega la ley; sino por alguno de las otras tres formas, teniendo en consideración siempre la calificación misma de la persona.

Al pie de lo anterior, cabe recordar que no solo serán necesarios estos elementos subjetivos extraídos de la ley; sino que para una adecuada labora práctica, debemos mantener a la vista las instituciones que se involucran, vale decir, Conservador de bienes raíces, CONADI con su registro público de tierras indígenas, Archivero judicial y el Archivo general de asuntos Indígenas, este último mencionado a la luz del artículo 15 de la ley. Por tanto, a fin de determinar la concurrencia de los tres elementos que hemos venido siguiendo en alguna de las cuatro categorías que realiza el artículo 12 resulta necesario acudir a estas cuatro instituciones, en búsqueda de recabar información, que nos permita dilucidar si estamos ante un inmueble de carácter indígena. Esto último lo cual complejiza aún más la idea de realizar un estudio de títulos sobre la propiedad inmobiliaria indígena.

²³ Ibidem.

Aun con las precisiones y determinaciones de los elementos anteriores podría surgir que teniendo la información necesaria; al momento de realizar su interpretación, esta no se encuentra inequívocamente señalada para los operadores inmobiliarios. De esta forma podemos mencionar alguno de los complejos escenarios que puedan darse al momento de pesquisar la información e intentar una determinación correcta de la propiedad indígena, por lo pronto, es una referencia necesaria la siguiente; “Valga referirse a algunas de las principales preguntas no zanjadas que plantea la labor de calificación de tierras indígenas: la existencia o inexistencia de tierras indígenas urbanas; si el vocablo “actualmente” se refiere a la fecha de entrada en vigencia de la ley o a la fecha de revisión de los títulos; si la cesión de derechos hereditarios en masas hereditarias donde existan tierras indígenas está afecta al estatuto especial; si un tercero no indígena puede adjudicarse tierras indígenas en la partición de una herencia, producto de la adquisición derechos hereditarios de titulares indígenas; si la autoidentificación como indígena es constitutiva o declarativa de la calidad indígena; si la regularización mediante el D.L. N° 2695, de 1979, previa al año 1993, por un indígena de una tierra no indígena la transforma en indígena; si la regularización mediante el D.L. N° 2695, de 1979, posterior al año 1993, por un indígena de una tierra no indígena la transforma en indígena; si se pueden vender forzosamente las tierras indígenas a no indígenas; cómo se acredita la calidad indígena de una persona natural indígena; que sucede con las personas mestizas de más de una etnia; que sucede con las tierras indígenas al terminarse el vínculo matrimonial de una persona indígena y una no indígena; si son personas indígenas aquellas descendientes de títulos originarios con apellidos castellanizados; si las tierras no indígenas adquiridas con cargo al Fondo de Tierras y Aguas de CONADI son o no indígenas; si el Conservador de Bienes Raíces tiene facultades para recabar antecedentes que permitan pesquisar la calidad indígena de un inmueble que no aparece claramente visible en el título; si el procedimiento de reclamación por negativa al Conservador de Bienes Raíces es o no la instancia idónea para dilucidar la calidad indígena de un inmueble; si la prescripción de la acción nulidad absoluta por vulneración del estatuto especial indígena permite consolidar títulos constituidos en vulneración de ley; etc.”²⁴.

²⁴ Ibidem.

Por lo pronto, con la información recopilada y no exenta de problemas, ya podemos indicar los elementos necesarios para un estudio de títulos de la propiedad inmobiliaria indígena; cabe mencionar que este si o si debe ser de una larga data. Iniciando por el artículo 12 de la ley y su listado taxativo de características u orígenes para que una propiedad sea calificada como indígena. (elemento real), seguido de la calificación de la persona y su calidad o no de indígena (cuestión discutida aun, pero que a todas luces es un elemento dentro de un estudio de títulos, en cuanto a propiedad indígena se trata. Así, se llega al elemento personal) y por último, la relación entre ambos elementos, a la que se le denomina funcional, teniendo este último como vinculo la ocupación actual de la propiedad o su posesión. Estos serían los elementos que debemos considerar al momento de estudiar la historia de una propiedad inmobiliaria indígena, por lo tanto, no podemos seguir las directrices de un estudio de títulos de carácter general. Tal como se indicó anteriormente, esto no está exento de problemas o discusiones que aún no terminan por dilucidarse, pero que ha ido formando un criterio legislativo y común doctrinalmente al menos, ante los elementos referidos.

CAPITULO III: TRATAMIENTO NACIONAL EN EL ESTUDIO DE TITULOS DE LA PROPIEDAD INDIGENA Y EL TITULO INDIGENA GENERAL.

CONSERVADORES Y NOTARIOS PUBLICOS.

La figura de los conservadores de bienes raíces tiene gran relevancia en este punto; también así lo tienen los notarios. Los primeros son los llamados a registrar y mantener un sistema sobre las propiedades inmuebles, el cual permita conocer la historia de dicha propiedad. Los segundos se encargan principalmente de las labores entre privados que buscan un ministro de fe. Y que de acuerdo al tema aquí tratado serán requeridos principalmente para la celebración de contratos de compraventa, enajenación de inmuebles, entre otras labores. Principalmente con la crecida en el último tiempo del mercado inmobiliario, son muchos los que acuden a las notarías frecuentemente para celebrar distintos contratos jurídicos, en post de adquirir nuevos terrenos para edificar, construir y entregar inmuebles habitables, ya sea de carácter familiar (casas o departamentos) o bien, oficinas de arriendo para ejercer labores de trabajo.

Respecto de ambas instituciones; conservadores de bienes raíces y notarios públicos frente a un sistema de carácter registral deben acogerse a la normativa seguida por la ley. En relación a esto último es que principalmente los conservadores de bienes raíces tiene la facultad de negarse a la inscripción de un inmueble, en caso de que notasen algún tipo de irregularidad. Ante lo cual podríamos mencionar que, en caso de que un inmueble mantenga indicios de ser una propiedad con calificación indígena, debiese existir esta negativa a su inscripción. Aun así, en el último tiempo, se ha vuelto un poco subjetivo quien es el mandado a tener la última palabra en torno a este problema, es decir quien califica finalmente una propiedad como indígena. En el último tiempo se ha dicho que los conservadores debiesen recurrir al registro público de tierras indígenas, pero como ya se ha esbozado en esta investigación, siguen existiendo tierras e inmuebles que no están en dicho registro y que cumplen con lo estipulado por el artículo 12 de la ley 19.253 para ser integrada como propiedad indígena.

Lo anterior ha deducido distintos problemas, el principal es que terminan involucrándose los tribunales inferiores y superiores de justicia a fin de dar lugar a la negativa del conservador de inscribir una propiedad por los indicios que se manejan y que esta pueda tener el carácter de indígena o bien la orden directa de los tribunales hacia el conservador indicándole que debe inscribir dicha propiedad.

Junto con lo anterior, debemos mencionar que a su vez se involucra al archivero de tierras indígenas, dada la falta de acuerdo o de certeza en la calidad de una propiedad que existe entre la figura de los conservadores y notarios, se ha recurrido al sistema de certificación por la institución anteriormente mencionada, con el fin de proceder ya sea a su inscripción o no, bastando su sola certificación en muchos casos para proceder por cualquiera de las vías mencionadas anteriormente.

De esta forma se ha involucrado a distintas instituciones, sin dar claridad de quien debiese determinar la calidad de una propiedad para proceder con un posible negocio jurídico; lo anterior solo le ha restado eficacia y eficiencia a la ley, dando lugar a una aplicación dispersa y en algunos casos errática por parte de estas instituciones y de los particulares (principalmente compradores, forestales e inmobiliarias). Esto último termina por provocar una inestabilidad jurídica en el sistema registral, que puede reproducir figuras ilícitas en inscripción de propiedades, dando lugar a títulos que pudiesen adolecer de diversos vicios, como también de una nulidad absoluta. Llegados a este punto la figura de las inmobiliarias y los notarios juegan un papel importante pues son los llamados a hacerse con muchas de las propiedades, dando espacio a prácticas equivocadas en la aplicación de la compra y venta de propiedades o tierras.

A fin de lo anterior, debemos mantener a la vista que ninguno de los dos sistemas que se ha buscado mantener a dado frutos, pues tanto el registro público de tierras indígenas llevado por CONADI (que es meramente publicitario por lo demás); como el archivero de tierras indígenas, no ha sido suficiente para averiguar la calidad de una propiedad inmobiliaria, en torno a esto se puede indicar “Sin embargo, se debe decir que la solución planteada no generó un avance sustantivo en la calificación indígena de inmuebles. En la práctica consultado por el Tribunal o por las partes, CONADI en la mayoría de los casos se siguió limitando a señalar

si el inmueble respectivo se encuentra o no inscrito en el Registro Público de Tierras Indígenas a su cargo, soslayando un pronunciamiento de fondo referido a si el inmueble califica en las tierras indígenas señaladas en el art. 12.

Lo anterior se podría justificar tanto como una imposibilidad práctica dada por la falta de la información necesaria para hacer el segundo análisis –repartida en distintos registros y con datos subjetivos de distintos titulares-, como por la complejidad y conocimientos especializados que reviste el examen. Empero, ante la falta de pronunciamiento de fondo, por mucho tiempo el pronunciamiento formal respecto a la inscripción o no en el Registro Público de Tierras Indígenas se terminó posicionando como parámetro de calificación indígena del inmueble.”²⁵.

Tal como se menciona las directrices que se han seguido no han sido capaces de dar una solución e incluso el registro mencionado y llevado por CONADI se ha utilizado y posicionado como un parámetro de calificación indígena de una propiedad; esto a pesar de como ya se ha demostrado y dicho, este registro no es más que una mera expectativa publicitaria.

En conjunto con la anterior, la importancia principal de Conservadores y Notarios en el mundo registral y el tratamiento de propiedades es significativo y a la luz de toda esta información podemos mencionar lo siguiente “La gran mayoría de los Notarios Públicos y Conservadores de Bienes Raíces aceptaron dichas certificaciones formales como idóneas en la labor de calificación registral. Lo anterior obró en claro desmedro de la protección legal de todas aquellas tierras indígenas que calificando como tales no se encontraban inscritas en el citado Registro, amparando la fuga de las mismas hacia el mercado común. Otros Notarios Públicos y Conservadores de Bienes Raíces aplicaron la ley indígena en su propio entender, ante la ausencia de parámetros más claros. Finalmente, aquellos Notarios Públicos y

²⁵ Ibidem.

Conservadores de Bienes Raíces que decidieron aplicar la Ley Indígena en su real alcance – una minoría- gatillaron posiciones jurisprudenciales que en muchos casos no han ayudado a solucionar el problema, obrando más bien en un sentido restrictivo.

En este sustrato, la labor de los Notarios Públicos y Conservadores de Bienes Raíces se posicionó en el tiempo generando un “*pot pourri*” de criterios de revisión, que alimentó holgadamente la crítica por parte de los abogados y clientes que acceden al sistema en cuanto a la eminente incertidumbre respecto al resultado de la calificación de un título en el caso concreto.”²⁶.

De lo que se deja saber en el párrafo anterior, podemos extraer que claramente existen dificultades en la calificación de las propiedades indígenas, más aún cuando existen diversas instituciones involucradas, lo que evidencia aún más la necesidad de llevar a cabo un estudio de títulos pormenorizado de estas propiedades a fin de no caer en posibles ilegalidades.

LA CALIFICACION DE LA PERSONA

Junto con el apartado anterior también debiese tenerse a la vista una característica extra- para darle sentido al trato nacional del estudio de títulos en la propiedad indígena-; que muchas veces resulta bastante subjetiva. Nos referimos a la calificación ya no de la propiedad, sino de la persona y es que la ley 19.253 en su artículo numero 2 deja entre ver quienes poseen la calidad de indígena. Como ya se mencionó en capítulos anteriores y con el fin último de no ser repetitivo, no expresaremos lo mencionado por el articulo indicado anteriormente; sino que simplemente dejaremos saber que se infiere de su lectura que incluye diversas categorías en las cuales se puede encontrar una persona, mediante lo cual podría ser considerada como indígena. Pero a la vez cabe señalar que CONADI mantiene también un registro actualizado de alrededor de 4.000 apellidos indígenas, con el fin de agilizar diversos trámites; ante esto

²⁶ Ibidem.

¿Qué tan eficaz y resolutivo, es dicho registro? Bueno ante esta interrogante, podemos decir que, al igual que el registro público de propiedades indígenas que mantienen, no logra dar con una exactitud que permita basarse en él, por tanto, nuevamente solo sería una mera publicidad. Y es que como se infiere de la ley directamente, existen otros medios además del simple apellido por el cual una persona posee la calidad indígena.

Frente a lo anterior resulta aún más extenso el trabajo del estudio de títulos de las propiedades indígenas; como así también se dificulta aún más la labor de los Conservadores y Notarios, pues si solo atienden a dicho listado, podrían estar dejando fuera a personas que, si son catalogadas como indígenas y, por tanto, registrando o dando lugar a un gravamen sobre un propiedad que adquiere la calidad de indígena por ser su poseedor o dueño una persona indígena.

Vale decir entonces, que nuevamente la ley contempla medidas que no es posible seguir con los registros actuales y que solo podría lograrse si se realiza un estudio adecuado de estos factores. Así el tratamiento nacional al estudio de títulos sobre propiedad inmobiliaria indígena, resulta ser extenso. Y por su parte, la calificación de las personas y de la propiedad, en relación a si son o no indígenas, dificulta aún más dicho estudio de títulos.

Por su parte, la doctrina nacional es un tanto dispersa en este tema, pero bastante clara en que dados los elementos y dificultades de determinación anteriores y que traen consigo un debilitamiento del sistema legal sobre la materia, es necesario precisar de buena forma la calidad de una propiedad, y más aún cuando esta posiblemente sea de calidad o características indígenas, sea por sí misma como terreno o por la persona que en ella reside.

TITULO DE PROPIEDAD INDIGENA GENERAL

La dificultad que se evidencia respecto de los elementos para un estudio de títulos en la propiedad indígena y más aún, lo difícil que es lograr la determinación de si una propiedad podría ser catalogada como indígena; acaba con la idea de un título indígena general; proveniente del derecho originario que tendrían los pueblos indígenas a sus territorios, inicialmente por una cuestión de carácter histórico, es decir, que los pueblos indígenas poseen un título originario sobre la tierra, territorio y recursos en los cuales residen debido a la ocupación o posesión que han mantenido tradicionalmente de dichos territorios. Incluso considerado así antes de la llegada de los colonizadores o de la construcción de un estado como tal.

Lo anterior se relaciona directamente a esta investigación, toda vez que, si se considera el argumento anterior, no existe una necesidad de realizar un estudio de títulos en una propiedad ocupada o utilizada tradicionalmente por comunidades indígenas, ya que, la aceptación propia de este título indígena originario sobre dicha propiedad, dejaría saber que esta pertenece a una persona indígena y, por tanto, estaría sujeta a las características de este tipo de propiedades.

A saber, se menciona que: “Sin embargo, este reconocimiento tendría un carácter meramente declarativo y el real fundamento del título indígena residiría, como se ha dicho anteriormente, en la posesión, ocupación y uso que tradicionalmente han hecho o actualmente hacen los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos. En consecuencia, el título indígena no se encontraría limitado por el derecho estatal en el sentido de que emanaría de él sino sólo en el sentido de que para su aplicación por los tribunales debería ser admitido en el orden jurídico interno y, por lo tanto, este título. Sería oponible erga omnes, incluso al propio Estado. En este orden de cosas, la titularidad de la tierra y territorios tradicionales de los

pueblos indígenas es conservada y regida, bajo la forma de título indígena, por sus propias leyes y costumbres. El título indígena, y su fuente es anterior a la existencia misma del Estado y preexistente al Derecho del conquistador o colonizador.”²⁷.

Sin embargo, si tenemos en cuenta los argumentos anteriores, surge la duda sobre qué pasaría con dicho título, ¿debiese constar de manera escrita? o ¿debe existir un registro que de a saber si la propiedad o territorio en el que nos encontramos se relaciona a la estancia histórica-origenaria de pueblos indígenas? Puede mencionarse que no, esto puesto que: “el título indígena, a diferencia del título de propiedad del derecho común, no sólo se refiere a tierras, en tanto bienes inmuebles claramente delimitados, sino que incluye un concepto más amplio de territorios y los recursos que en ellos se encuentran.

Además, el título indígena es un título histórico e inmemorial, por lo tanto, no escrito que se encuentra basado en la posesión, ocupación o uso tradicional actual o histórico de sus tierras, territorios y recursos.”²⁸.

En relación, a lo último siempre es bueno considerar la perspectiva internacional, generalmente de las instituciones que han desarrollado la idea del título indígena y que han tenido a la vista desarrollar normas positivas, para la protección de este derecho. De esta forma podemos decir: “Los únicos dos instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes sobre los derechos de los pueblos indígenas, a saber, el Convenio 169 (1989) de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, y el Convenio 107 (1957) también de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, contienen normas sobre las tierras y territorios indígenas, que se encuentran estrechamente vinculadas al título indígena. El artículo 11 del Convenio 107 señala que "se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas". Más adelante, el artículo 13 (1) del mismo Convenio establece que "los modos de

²⁷ Gonzalo Aguilar Cavallo. “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”. Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, 2005, Página 6.

²⁸ *Ibidem*.

transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional"²⁹.

“Por su parte, el artículo 13 del Convenio 169 señala que "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera". Sobre el mismo aspecto, el artículo 14 del Convenio 169 señala que "deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia". Más adelante, el artículo 17 señala que "deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos"³⁰.

De las normas expresadas anteriormente, podemos evidenciar que la argumentación sobre la existencia de un título originario de los pueblos indígenas, se podría ver sustentada en instituciones internacionales que le dan en parte reconocimiento al mismo, construyendo una base legislativa para aquello. También se deja saber, que existiría un reconocimiento de la costumbre como un pilar fundamental para lo anterior; así como también la importancia del reconocimiento de estos derechos ancestrales por parte de los estados.

Por otro lado, pasando al plano nacional, podemos indicar que, si bien existe un reconocimiento a la normativa internacional, en los casos relacionados a propiedad indígena, se utiliza el argumento de que la materia está regulada en la legislación interna, por tanto, debiese ceñirse a esta la idea del título de propiedad indígena. A saber, la materia está

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

regulada en la ya mencionada “ley indígena” 19.253, ante lo cual, no podría reconocerse como si hace en otros sistemas normativos un título de carácter originario-histórico sobre los territorios indígenas. Como tampoco podría admitirse que un título sobre una propiedad no estuviese registrado en alguna parte o se tuviese un título escrito para demostrar la titularidad o dominio sobre dicha propiedad. Esto último es propio de nuestro sistema normativo o del derecho común. A diferencia, de lo que se registra en el plano del Common Law, donde se ha visto admitida la argumentación del título originario inmemorial de los pueblos indígenas³¹ y donde se le ha dado una definición al concepto mismo de título originario o nativo³², reconociéndolo como una institución jurídica.

Tal como se deja saber anteriormente, el sistema nacional es distinto, iniciando por la influencia de la ley 19.253, que iniciando en su artículo 1ro, menciona lo que se considerara por propiedad indígena. Lo anterior nos remite al artículo 12, donde se le dará lugar al reconocimiento a territorios indígenas que se sustentan su título en el origen de la ley y, por tanto, no podrían ser considerados títulos indígenas originarios o nativos, pues fue el estado quien desarrollo dicha legislación.

A contrario sensu, en el mismo artículo 12 número 2 de la ley indígena, podríamos encontrar títulos que se amparen en la ocupación de los territorios, así podemos mencionar lo siguiente: “El título que nos interesa está en el número 2 del artículo 12, ya que aquí sí podríamos estar en presencia de tierras amparadas por un título indígena que se fundamenta en la posesión, ocupación y uso que tradicional e históricamente han hecho de ellas los pueblos indígenas y que sería regido por la costumbre o derecho indígena.”³³.

Si bien en principio pareciese haber un reconocimiento de carácter tradicional e histórico en la ley, que pudiese dar lugar al argumento de un título indígena originario, esto se ve disipado posteriormente por el seguir de la norma, la cual como ya se ha analizado en párrafos

³¹ Un ejemplo de esto es la sentencia dictada en el caso *Delgamuukw vs. British Columbia* (Canadá), la Corte Suprema canadiense reconoce explícitamente "el título aborigen" a la tierra.

³² De esta forma Aguilar Cavallo nos dice que la institución del título indígena ha sido inicialmente acogida en la jurisprudencia de los países de Common Law. Por ejemplo, la Corte Canadiense le llama "título aborigen" y la Corte Australiana "título nativo", pero ambos se refieren a la misma institución jurídica. Por tanto, se le ha dado una definición y significado.

³³ *Ibidem*.

anteriores, requiere que dicho título se encuentre inscrito en el registro llevado por la CONADI (registro del cual se ha mencionado que solo es meramente publicitario). Por tanto, quedaría a cargo de esta institución calificar el carácter ocupacional o de posesión histórica de las comunidades o la persona indígena a la hora de solicitar la inscripción de la propiedad.

Así, teniendo en cuenta el factor internacional, nacional y la ley indígena se nos dice que: “La extensión, forma y modalidades del reconocimiento que se haga de los derechos indígenas a la tierra dependerá del orden jurídico nacional, lo cual queda claramente reflejado en la disposición anteriormente citada. El legislador exige que el título sea inscrito, lo que encaja perfectamente con nuestra tradición de escrituración del título. La ley demanda que la inscripción se haga en un Registro, lo que se encuentra en total armonía con nuestro sistema registral de la propiedad.”³⁴.

En síntesis, a la luz de lo expresado, en el sistema nacional no se ha dado la posibilidad de la argumentación sobre la existencia de un título originario sobre la propiedad indígena, que terminaría gran parte de la discusión sobre la existencia o inexistencia de una propiedad indígena o sobre la determinación de un territorio como de carácter indígena. Si la aceptación de este tipo de argumentación tuviese lugar en nuestro sistema posiblemente el realizar un estudio de títulos sería impensado, puesto que como se ha dicho, podría incluso por no tenerse escrito un título como tal. De igual manera, la forma en la que se les da lugar a los títulos en materia nacional (posesión inscrita) es propio como se ha dicho de nuestro sistema jurídico, lo cual, nos hace pensar que no existe una disposición a armonizar nuestro ordenamiento jurídico interno con disposiciones y obligaciones emanadas de tratados o acuerdos internacionales.

³⁴ Ibidem.

CAPITULO IV: EL ESTUDIO DE TITULOS DE PROPIEDADES COMUNES EN COMPARACION AL ESTUDIO DE TITULO DE PROPIEDAD INDIGENA.

EL ESTUDIO DE TITULOS COMUN.

Si bien el principal objetivo de esta investigación es la determinación de elementos necesarios para llevar a cabo un estudio de títulos de la propiedad inmobiliaria indígena, no podemos desatender el régimen registral de las propiedades comunes, es decir aquellas que se comercian o enajenan día a día entre distintos actores del mundo social. Es por ello que, a fin de lograr una mayor diferenciación, se dará lugar a los requisitos y/o elementos necesarios para un estudio de títulos, pero para una propiedad común.

Lo primero que cabe preguntarse es ¿cuándo es necesarios un estudio de títulos sobre una propiedad?; pues la respuesta es sencilla, cada vez que se quiera adquirir un bien inmueble, debiese llevarse a cabo este estudio, ya que con estos antecedentes tendremos la información inicial sobre la propiedad que se quiere adquirir. Por lo tanto, reviste una gran importancia; en la confección de este estudio, se obtendrán datos tales como quien es el dueño, quienes fueron los antiguos dueños, si la propiedad presenta algún tipo de gravamen, ya sea una hipoteca o que se encuentre en prenda, la situación jurídica en la que se encuentra, entre otros tantos datos o aspectos importantes del inmueble.

La situación anterior, nos hace preguntarnos que documentos o que elementos son necesarios para este estudio de títulos; en primer lugar, debemos considerar la escritura de compraventa o título por el cual se adquirió el dominio actual del inmueble, dicho documento se puede encontrar en el archivero judicial o bien en Notaria. Junto con lo anterior serán necesarios los títulos anteriores hasta completar un mínimo de 10 años, teniendo en consideración que estas pueden ser escrituras de compraventa u otras formas de haber adquirido el dominio de la propiedad que se busca adquirir o enajenar; al igual que la información anterior esta puede ser encontrada en el archivero judicial o la Notaria correspondiente, cuando se trate de

escrituras; como también destaca la figura del Conservador de bienes raíces para revisar las distintas inscripciones de dominio.

Por otro lado, uno de los certificados más importantes junto con la información anterior, será el certificado de gravámenes y/o prohibiciones. Como adelantábamos anteriormente el saber si un inmueble presenta dificultades de algún tipo es crucial al momento de adentrarse en un negocio jurídico para con el mismo. Esta información es emitida por el respectivo Conservador de bienes raíces. Así también, al igual que este documento existen otros certificados parecidos, pero no iguales, que nos permitirán obtener un historial sobre la propiedad, entre estos se encuentran, el certificado de no expropiación, otorgado por servicio de vivienda y urbanización (en adelante SERVIU), el certificado de no expropiación municipal, otorgado por la respectiva municipalidad, el certificado de pago de contribuciones, o certificado de deuda de contribuciones y su última cuota cancelada/pagada según corresponda, documento otorgado por la tesorería general de la república, certificado de avalúo fiscal otorgado por Servicio impuesto internos (SII).

Por último, entre los elementos más generales para un estudio de títulos de la propiedad inmueble común es necesario considerar si la persona es natural o jurídica. Si es una persona natural, se deberá presentar un certificado de matrimonio y/o de estado civil; y en el caso de la persona jurídica será necesario una escritura en la cual conste la personería del vendedor. También debemos tener a la vista en el caso de las personas naturales, específicamente la mujeres y que se encuentren casadas bajo el régimen de sociedad conyugal una serie de documentos que le permitan acreditar que mantiene una actividad remunerada aparte de la de su marido, ya sea el caso en que estas participen como titulares de un crédito o codeudoras solidarias del mismo.

De lo anterior se infiere que estos serían los elementos iniciales o a lo menos los principales para generar un estudio de títulos en una propiedad inmueble común, siempre teniendo en

cuenta que pueden existir más dificultades o menos dependiendo del inmueble o propiedad de la cual se trate.

COMPARACION DEL ESTUDIO DE TITULOS EN PROPIEDAD INDIGENA Y EL ESTUDIO DE TITULOS COMUN.

Como se ha ilustrado a lo largo de esta investigación, existen múltiples distinciones o diferencias entre el examen histórico/ registral que se hace de una propiedad cuando esta reviste la calidad de indígena, a saber, ya que contempla elementos distintos que se encuentran en la ley 19.253 y su reconocimiento como propiedad indígena viene dado de distintos lugares (ya se han mencionado), pero principalmente de la ley mencionada. Por su parte, en el inicio de este cuarto capítulo, aludimos a los elementos que se contemplan para un estudio de títulos en la propiedad común, mencionando también las instituciones involucradas.

Iniciando con una de las primeras diferencias entre ambos sistemas, es que el sistema común considera una escritura de compraventa u otra forma de adquisición del dominio, como también títulos anteriores hasta completar a lo menos 10 años. Por su parte, la propiedad indígena considera inicialmente títulos de merced y otros tipo de títulos, en su mayoría otorgados por el estado, como se ha esbozado en capítulos anteriores; como también a través del artículo 12 de la ley 19.253 se desarrollan taxativamente formas de reconocimiento para que una propiedad sea considerada indígena. Ante lo anterior, se deduce que de no encontrarse en una de estas categorías o en registro público de tierras indígenas, debiese ser considerada una propiedad común y, por tanto, mantener alguno de los dos títulos anteriores (escritura de compraventa u otra de las formas de adquisición del dominio). Por otro lado, cabe mencionar que una propiedad indígena difícilmente mantendría un título de escritura de compraventa, pues la misma ley prohíbe su enajenación.

Otra de las diferencias que se dejan ver claramente, es el sistema registral en sí mismo que se llevan de las propiedades, pues en el caso de los inmuebles comunes encontramos que su registro e inscripciones son llevadas principalmente por los conservadores de bienes raíces de forma regular en el registro conservatorio de bienes raíces, siguiendo los lineamiento del

reglamento creado para este registro. Mientras que las propiedades ya catalogadas como indígenas, inicialmente cuentan con un registro público de tierras indígenas, el cual es seguido por CONADI, es decir se involucra otra institución además del conservador de bienes raíces, pues este último también actúa en la propiedad indígena, pero bajo otros parámetros, principalmente por el que sigue el decreto N°150, de esta forma se puede decir que el sistema de registro de las propiedades indígenas; “Funciona como un símil al funcionamiento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, así, el artículo 3° del mencionado Decreto N° 150 que “fija el Reglamento sobre Organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas” dispone que este Registro deberá llevar dos libros denominados:

1. Repertorio, en el cual se anotarán los títulos que se presenten.
2. El Registro de Tierras Indígenas, en el cual se inscribirán todas las tierras a que se refiere el artículo 12 de la ley, y;
3. Los libros Índices que sean necesarios.

La inscripción deberá materializarse dentro de treinta días contados desde la anotación en el Repertorio y en él deberán inscribirse los títulos relativos a tierras indígenas definidos como tales en el artículo 12 de la ley, es decir, los mismos títulos que deben acceder al Registro de Propiedad de Conservador de Bienes Raíces. La solicitud de inscripción podrá ser denegada por resolución fundada.

La inscripción de títulos contendrá requisitos similares a los contemplados en el artículo 78 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, tales como:

1. Individualización del predio y linderos del inmueble.
2. Fecha de la inscripción.
3. Nombre, apellido, domicilio de las partes y la comunidad indígena a la cual pertenecieran.
4. Fecha del Título, su naturaleza y la oficina en que se guarda el original.
5. Firma y timbre del funcionario encargado del registro.

Existirá un libro de Registro por Comuna, el que podrá estar conformado por más de un tomo. Cada libro tendrá una numeración independiente.

Todas las inscripciones y certificaciones que emanan de este Registro de Propiedad serán gratuitas.”³⁵.

Tal como se puede evidenciar de los párrafos anteriores existe una gran diferencia al momento de registrar una propiedad, pues se contemplan mecanismos parecidos, pero con elementos y tramites distintos.

De esta forma podemos observar, ya las grandes desemejanza que existe entre una propiedad común y una propiedad indígena, al momento de querer efectuar un estudio de títulos sobre la misma. Si bien, las diferencias anteriores parecen de carácter general, no hace falta ir más allá, ya que desde el momento en que una propiedad reviste la calidad de indígena, todo su sistema registral e histórico a tener en cuenta cambia, como se ha dicho de forma reiterada en esta investigación, no se puede considerar un periodo de 10 años, para su estudio, como si se hace en las propiedades comunes, pues es necesario remontarnos a la entrada en vigencia de la ley 19.253, a fin de conseguir resultados. Esto no obsta que sigamos revisando en los siguientes apartados diferencias entre ambos sistemas basados en sus requisitos generales.

Así, como se menciona anteriormente, otro de los elementos en los que existe disimilitud es al momento de solicitar el certificado de gravámenes y/o prohibiciones, pues se encuentran en registros distintos, como se mencionó en apartados anteriores, en el caso de las propiedades comunes solo es necesario solicitar dicho certificado en el conservador de bienes raíces, a fin de averiguar si la propiedad contempla alguna hipoteca, prenda o algún tipo de problema, que pudiese dificultar su enajenación. Por otro lado, en el caso de la propiedad indígena, al momento de la incorporación de gravámenes, embargos u otros actos jurídicos que recaigan sobre esta, deberá realizarse una subinscripción que debe indicar el nombre de

³⁵ Nelson Gutiérrez. “Restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas”, Revista fojas, 2018.

las partes y fecha. Entendiendo que esta debe realizarse al margen de la inscripción del título de la propiedad, cuando esta obviamente se encuentre registrada en el registro público de tierras indígenas con debida antelación. En este punto ya encontramos desemejanzas, pues existe un requisito previo para la inscripción de gravámenes en el caso de la propiedad indígena. Pero también se hace necesario agregar que este tipo de propiedades (indígena), considera una norma extra al momento de la subinscripción o cancelaciones sobre un inmueble, pues; “Las Subinscripciones y las Cancelaciones en el Registro Público de Tierras Indígenas se regirán por las disposiciones contenidas en el título VIII del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces que precisamente regula “De las Subinscripciones y Cancelaciones”. Aunque es necesario señalar que la ley indígena considera una norma complementaria similar al artículo 88 del Reglamento del Registro Conservatorio situado en este título VIII al disponer en su artículo 59 que “La rectificación de los errores de hecho existentes en los títulos de merced y en los títulos gratuitos de dominio a que se refiere esta ley se resolverá, sin forma de juicio, por el Juez de Letras de Mayor Cuantía del departamento respectivo, a solicitud del Instituto de Desarrollo Indígena o del interesado. En este último caso, el Juez procederá previo informe de la Corporación”.

Es decir, además del Conservador de Bienes Raíces será también, el Juez de Letras competente quien sin forma de juicio resolverá estas situaciones y a solicitud de la CONADI o del interesado.”³⁶.

A la luz de lo anterior, nuevamente se puede inferir que no solo participa el conservador de bienes raíces, sino que también se ven involucradas otras instituciones como lo son los tribunales y la CONADI; haciendo la diferencia entre lo que sería estudiar una propiedad común, a contrario sensu, de una propiedad indígena.

Por último, si bien existen ciertos certificados necesarios dentro del estudio de títulos de la propiedad común, no siempre estarán presentes, por tanto, obviaremos su comparativa con elementos necesarios de la propiedad indígena para el mismo estudio de títulos. Sin embargo,

³⁶ Ibidem.

uno de los elementos que no se puede dejar de comparar, es el relacionado a los impuestos sobre la propiedad. Mientras que en la propiedad común lo normal es solicitar los pagos efectuados o lo adeudado en contribuciones sobre la propiedad en un certificado, otorgado por la tesorería general de la república; en la propiedad indígena (una vez que esta es declarada como tal) será necesario tener a la vista nuevamente la ley 19.253, específicamente su artículo 12 inciso final, el que dispone que las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales, por tanto, no será necesario en un estudio de títulos preocuparse de los posibles impuestos, ya que la ley se encarga explícitamente de indicar que no corresponden el pago de estos a la propiedad indígena.

En síntesis, encontramos distintas dimensiones en las que son diferentes ambos tipos de propiedades al momento de realizar un estudio de títulos sobre ellas, con el fin de obtener su historia registral y poder catalogarlas como lo que son, una propiedad común o una propiedad de carácter indígena. Lo anterior, esboza elementos generales, que son considerados los de mayor importancia para este análisis.

CAPITULO V: JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL A PROPOSITO DE LA INSCRIPCION DE TITULOS INDIGENAS Y SU TRATAMIENTO.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

La jurisprudencia nacional, es variada y no incluye solo una respuesta, pues existen distintos fallos que dan lugar a la negativa del conservador a inscribir títulos por considerar que aquel bien inmueble inmobiliario es indígena. A saber, existen dos ideas que resultan bastante claras para los Conservadores, por un lado, la historia de la propiedad y su ubicación geográfica, es decir el lugar donde se ubican. Y, por otro lado, quien actúa en el negocio jurídico, pues como se ha ilustrado en capítulos anteriores, el apellido de la persona y su calificación como indígena es un factor a considerar, ya que, de ser una persona reconocida como indígena, se deriva que el bien inmueble en el cual se está, posee también dichas características, ante lo cual no podría ser objeto de algún negocio jurídico.

Tal como existen fallos que dan lugar a la negativa de los Conservadores, también existe aquellos que no dan lugar a esta negativa e insisten a través de una resolución judicial, a que el Conservador inscriba dicho título, a pesar de lo informado. Así, se deja saber al respecto: “Empero, llevada la citada realidad al tema específico de la calificación de tierras indígenas, se debe decir de entrada que el tema es más delicado, habida cuenta que la calificación de tierras indígenas procedimentalmente exige en la gran mayoría de los casos el acceso a información que de suyo no es visible en el título, quedando el Conservador de Bienes Raíces que rechaza la inscripción a merced de la reclamación que contemplan los artículos 18, 19 y 20 del Reglamento del Registro Conservatorio, sin posibilidad de apelar contra una resolución en contrario. Los resultados son dispares. Si bien existe jurisprudencia que valida el rechazo en el caso concreto, también existen variados fallos que despojan al Conservador de Bienes Raíces de sus más básicas facultades de revisión y calificación respecto a las tierras indígenas.

Sobre el segundo resultado –que es el que nos interesa por sus perniciosos y graves efectos resulta ilustrativo y muy atingente revisar los principales argumentos vertidos en algunas reclamaciones -de muchas exitosas- que se han interpuesto contra rechazos del Conservador de Bienes Raíces de Pucón, ciertamente uno de los que soporta el mayor nivel de presión inmobiliaria sobre tierras indígenas a nivel país”³⁷.

Como se menciona la presión sobre inscripción de títulos que pudiesen ser calificados como indígenas recae sobre el Conservador y lo despojan de sus funciones principales de calificación de los mismos, en gran parte señalando que no tiene dichas facultades y que van más allá de la realización de sus servicios. De esta forma se han esgrimido argumentos en contra de la negativa del Conservador, teniendo a la vista la causa ROL: V-20-2023 del Juzgado de letras de Pitrufquén, los dichos del requirente: *“Que respecto de la categorización y juicio que el Conservador de Bienes Raíces hace del apellido del vendedor, toda vez que basa su negativa en presumir que el vendedor es una persona que posee la calidad indígena, cabe señalar que no resulta posible determinar que una persona tiene la calidad o no de indígena simplemente con leer su apellido, en que se basa la Conservadora para hacer tal afirmación?, de la sola lectura del título, esto es la escritura de compraventa, no existe ningún indicio o antecedente que permita llegar a tal conclusión, recordemos que los vicios que puedan arrojar una nulidad absoluta y que habilitan para que el Conservador de Bienes Raíces niegue una inscripción deben aparecer de manifiesto en el título, según lo dispone el artículo 13 del Reglamento Conservatorio, y en este caso ello no ocurre, a mayor abundamiento es dable señalar que la jurisprudencia así lo ha sostenido:*

“5.- Que, por tanto, la circunstancia de contar la vendedora con un apellido que el Conservador estime indígena – este Tribunal no cuenta con elementos que estimen que el apellido Antiñirre es indígena – no es motivo para negar la inscripción solicita” 3.-

“9.-Así las cosas S.S. resulta claro que no existe fundamento alguno para sostener que la propiedad objeto del contrato de compraventa sea propiedad indígena en los términos de la Ley N° 19.253, y aunque así pudiese ser la sanción a que alude el artículo 13 de la norma

³⁷ Álvaro Morales Marileo. “Calificación de tierras indígenas; problemas y desafíos actuales”. Revista de derecho inmobiliario, editorial metropolitana, 2018, página 23.

legal referida no es el caso que la califique el Conservador de Bienes Raíces, sino que debe ser declarada por el Tribunal respectivo si se infringe el artículo mencionado, la obligación del Conservador de Bienes Raíces, si lo estima pertinente, en cuanto a la ley indígena se refiere, es la contenida en el inciso segundo del artículo 15 de la Ley N° 19.253, eso es: “deberán enviar al Registro Público de Tierras Indígenas, en el plazo de 30 días, copias de las inscripciones que realice y que recaigan sobre los actos o contratos a que alude el art. 13 de la Ley”.-

De igual forma, ante el argumento dicho y otros términos, el Conservador indico principalmente que: *“En la escritura pública de compraventa presentada para su inscripción, aparece que el vendedor don JORGE ANTONIO VALLEJOS PAILLALEF, posee la calidad de persona indígena perteneciente a la etnia mapuche, toda vez que su segundo apellido “PAILLALEF” figura con el id. 3185, en el listado de apellidos Mapuches considerados evidentes, aprobado por resolución exenta N°895, de fecha 18 de junio de 2019, de la CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDIGENA, director nacional de CONADI, y consta, asimismo, que adquirió el inmueble del que es propietario, y por tanto, el lote que vende por dicho instrumento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 letra D) de la ley 19.253, esto es, a través del decreto ley 2.695 de 1979, por lo que, el predio objeto de la compraventa, sería tierra indígena. Por su parte, el comprador a don ROBERTO GONZALO BAEZA MONSALVES, no acredita poseer la calidad de indígena perteneciente a la etnia mapuche, como los exige el art. 13 del mismo cuerpo legal”*

De la causa anterior se infiere que ambos argumentos se contravienen sin más, pues, por un lado, el requirente indica que el Conservador debe inscribir y no intervenir fuera de sus atribuciones, es decir no debiese interpretar motivo alguno por el cual el título que presenta no deba inscribirse. Mientras que el conservador indica, que la persona involucrada en la compraventa posee apellido indígena, que por lo demás está reconocido por la CONADI, ante lo cual, existiría una prohibición de enajenar dicha propiedad, pues quien busca el negocio jurídico de la compraventa no mantiene calidad indígena. Al efecto el tribunal señala que: *“SEXTO: Que, del solo mérito de la escritura pública de compraventa en comento,*

aparece que el vendedor tiene uno de sus apellidos indígenas, esto es, JORGE ANTONIO VALLEJOS PAILLALEF, y adquirió el inmueble en virtud del DL 2695, según se lee en su cláusula primera. Así las cosas, y conforme a las normas ya citadas, cabe estimar que el inmueble objeto del contrato de compraventa a que se refiere la escritura pública de fecha 4-5-2022, otorgada ante Notario de Pitrufquén, Repertorio 402-2022, consistente en el Lote Uno guión C, de una superficie de 0,50 hectáreas, originado de la subdivisión de un predio de mayor extensión, ubicado en el lugar Quilquilco Alto, comuna de Pitrufquén, es tierra indígena. Y los contratos celebrados en contravención al artículo 13 ya indicado, adolecen de nulidad absoluta, por lo que la negativa a inscribir de la Conservador de Bienes Raíces de Pitrufquén, se ajusta a la normativa en comento, por lo que la presente solicitud será rechazada, según se indicará. A mayor abundamiento, el solicitante no desvirtúa los presupuestos en los cuales basa su negativa la Conservador de Bienes Raíces, esto es, que el inmueble es tierra indígena y que el comprador no acredita su calidad de indígena.”

Tal como señala el tribunal, se reconoce que dicha propiedad inmueble mantiene el carácter de indígena. Sin embargo, el requirente busco la apelación a esta sentencia, donde el tribunal de alzada, le dio lugar a su pretensión argumentado lo siguiente: “*QUINTO :Que, se debe tener presente, en relación a la facultad reconocida a los Conservadores de Bienes Raíces de rechazar una inscripción cuando es visible en el título un vicio o defecto que lo anule absolutamente, que la norma exige para su aplicación el cumplimiento copulativo de dos requisitos a saber: a.-) Que, el vicio o defecto debe ser visible, es decir, estar patente, sin que sea necesario un análisis más profundo del título, ni tener en cuenta otras consideraciones que no í resultan de la sola observación de , lo que es equivalente a la frase <aparecer de manifiesto> que se ala para el Juez el Art. 1683 del Código Civil. b.-) Que, el vicio de lugar a la nulidad absoluta del contrato, lo que conlleva la excepcionalidad de la figura dado que, en nuestra legislación, o la regla general es que las omisiones o vicios, en los títulos, produzcan solo nulidad relativa, de acuerdo al último inciso del art. 1682 del Código Civil. Que, en este contexto la expresión en algún sentido legalmente inadmisibles, que emplea el artículo 13 del Reglamento del Registro” Conservatorio de Bienes Raíces, antes de ejemplificar los casos de rechazos, no puede ser interpretada, cuando se invoca*

para el rechazo un vicio de nulidad absoluta, para ampliar la potestad de rechazo del Conservador de Bienes Raíces, más allá de la hipótesis antes indicada.”

Y que, por lo tanto: *“OCTAVO: Que, en consecuencia, la calidad de tierra indígena de la propiedad no aparece de manifiesta del acto o contrato, no siendo por ende visible en el título ningún vicio o defecto que lo anule absolutamente.”*

De lo anterior, se infiere que, si bien el argumento del tribunal a quo iba en principio a dar lugar a la negativa del Conservador a inscribir el título que se presentaba, por los argumentos esbozados, principalmente por la calidad de indígena que mantiene la persona; cuestión que posteriormente al parecer el tribunal ad quem desconoció, pues no dudo en darle lugar al requirente y desestimar la sentencia dictada por el tribunal inferior.

Por otro lado, el mismo argumento por parte del requirente se vislumbra en la causa ROL: V-42- 2022, pues indica que: *“De acuerdo al artículo 13 del Reglamento Conservatorio, el Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; por ejemplo, si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta; si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción, refiriéndose el artículo a defectos o vicios formales, no sustantivos, por lo que se entiende que el Conservador sólo le está facultado revisar y emitir negativas a inscribir sólo si es visible un vicio formal del instrumento que se le solicita inscribir. De esta forma el Conservador correspondiente se está negando a inscribir un título completamente válido, solicitando acreditar la calidad indígena de la compradora, en circunstancias que no tiene ningún antecedente en el título, ni en la inscripción que ampara el dominio de los vendedores de que la propiedad tenga calidad de tierra indígena, sobrepasando de esta forma las facultades que le concede el artículo 13 del Reglamento ya mencionado”*

Tal como se menciona, nuevamente el fundamento, para llegar a la vía judicial, ante la negativa del Conservador del lugar de inscribir el título que se le presenta, va en orden a señalar que escapa de sus facultades el examen que está realizando y que debe ceñirse solamente a lo mencionado por el art. 13 del reglamento conservatorio, inscribiendo todo aquello que se le presente y que no contravenga en lo sustancial a dicha norma.

Por su parte, el Conservador del lugar indico al Juzgado, que: *“2. La tierra materia del contrato de compraventa objetado: a) La escritura de compraventa solicitada inscribir da cuenta de la venta de un inmueble rural que doña SANDRA KARINA MARTIN MARTIN efectúa a doña MARILYN DEL CARMEN CARRILLO SANTIBÁÑEZ correspondiente al Lote Nueve de una superficie de cinco mil cuarenta metros cuadrados resultante de la subdivisión del Resto del Lote Uno, ubicado en el sector Iñipulli, Comuna de Mariquina. b) Dicho título se encuentra inscrito a fojas 360v N°428 del Registro de Propiedad de 2012 y a fojas 1358 N° 1560 del Registro de Propiedad de 2021. En ambas inscripciones aparece que doña Sandra Martin Martin adquirió por compraventa; en la primera inscripción lo hizo por compraventa a don EULOGIO MARTIN MARTIN, (inscripción a nombre de este a fojas 174 N° 177 del Registro de Propiedad de 1994) y en la segunda inscripción citada lo hizo por compraventa su hermano don Pablo Andrés Martin Barrientos. c) En la inscripción de fojas 174 N°177 del Registro de Propiedad de 1994 a nombre de don EULOGIO MARTIN MARTIN, consta que éste adquirió el inmueble por resolución N.º 2413 de 11 de octubre de 1993 de la Oficina Provincial de Bienes Nacionales de Valdivia, de conformidad con el DL 2695 de 1979 y su reglamento, por lo que dicha propiedad cabe en la denominación que indica el artículo 12 letra d) de la Ley Indígena: "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..."*

A la vez indica en párrafos posteriores: *“3. El artículo 13 inciso final de la Ley Indígena indica que todo acto o contrato en contravención a este artículo adolecerá de nulidad absoluta por lo que de conformidad al artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces el Conservador deberá negarse a dicha inscripción; 4. A*

juicio del reclamante, el Conservador no podría rechazar por nulidad absoluta un acto o contrato conforme artículo 13 de la Ley Indígena, ya que ella debe ser declarada por el Tribunal. El suscrito discrepa de dicha afirmación por cuanto haría inaplicable el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio ya que el Conservador, EXPRESAMENTE por esta norma DEBERÁ efectuar el rechazo si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente.”

Nuevamente como se puede observar existen argumentos contrarios, pero que en principio pareciesen indicar que la propiedad en cuestión que se encuentra involucrada en este negocio jurídico, mantiene la calidad de tierra indígena. Considerando ambas argumentaciones, el tribunal esta vez, simplemente realizo un examen, solicitando informes a CONADI, primero consultando si la propiedad se encontraba en registro nacional de tierras indígenas que esta institución lleva, como también solicitaron saber si, las personas involucradas en esta compra venta mantenían la calidad de indígena. Respecto del primer oficio, se resolvió que la propiedad no se encontraba en dicho registro, por otro lado, el segundo oficio no fue evacuado por CONADI, ante lo cual no se tuvo en consideración por el tribunal.

Si bien dicha propiedad no se encontraba en el registro efectuado por CONADI, ha quedado demostrado que no todas las propiedades que cumplen o se encuentran dentro de la determinación de la ley 19.253, están en este registro. Por lo cual, debiese hacerse realizado un examen más minucioso por parte del tribunal, antes de aceptar de plano la solicitud del requirente, dejando al Conservador sin otra oportunidad que cumplir lo dicho e inscribir la propiedad.

De tal forma, el tribunal señalo, lo siguiente: *“Que se acoge la petición formulada en lo principal de folio 1, debiendo el Señor Conservador de Mariquina proceder a la inscripción de escritura de compraventa del Lote 9, resultante de la subdivisión del resto de un inmueble ubicado en Iñipulli, suscrita con fecha 06 de enero del año 2022, en la Notaría de don Gino Ignacio Mencarini Solervivens, Titular de la Notaría de la comuna de Mariquina, repertorio*

número 21-2022, rectificada por escritura pública de fecha 20 de abril de 2022, Rep. 633-2022, de la misma Notaría, en la que adquirió por compraventa el Lote 9 de una superficie de 5.000 metros cuadrados, resultante de la subdivisión del resto que aún conserva la vendedora sobre una propiedad ubicada en Iñipulli de la comuna de Mariquina inscrita a fojas 360 vuelta número 428 del registro de propiedad del año 2012 y a fojas 1358 número 1560 del registro de propiedad del año 2021, ambas del Conservador de Bienes Raíces de Mariquina.”

Así, cabe preguntarse qué posibilidad real tienen los conservadores de negarse a la inscripción de un título que posiblemente mantenga la calidad de indígena; si posterior a los dichos del tribunal, no existe una acción que puedan perseguir para apelar; viéndose solo obligados a inscribir los títulos sobre los que se mantuvo discusión. Lo mismo se ha indicado de distinta forma, señalando que: “Como puede advertirse, la circunscripción de la labor de calificación registral del Conservador de Bienes Raíces a la sola y mera observación del título y los escuetos antecedentes que las partes –muchas veces acomodaticiamente- quieren expresar, y la negativa a revisar la situación de fondo en el procedimiento de reclamación, dejan totalmente abierta la última puerta de entrada al registro, sin nadie que ejerza un control sustantivo de acceso. Aquello sumado a la imposibilidad de apelación que tiene el Conservador de Bienes Raíces ante la resolución de la judicatura que le ordena inscribir, transforma en letra muerta la protección legal de las tierras indígenas.”³⁸.

En resumen, se puede decir que, es necesario un cambio en la forma de realizar los estudios de títulos de propiedad inmobiliarias indígenas, ya que esto permitiría tener una visión más clara de si la propiedad posee o no la calidad de indígena, facilitando la posibilidad del Conservador a negarse ante una posible inscripción, pues se tienen mas antecedentes de dicha tierra. Como también, podemos observar que el sistema registral chileno, deja entrever una debilidad jurídica, al momento en que se acude a los tribunales de justicia, el Conservador pierde la facultad de apelar si no se toma en cuenta su informe de negación a una inscripción.

³⁸ Ibidem.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

La experiencia comparada o internacional en este caso, tiene varios matices, pues como se ha expresado en otros títulos de esta investigación, los países anglosajones en general han dado lugar al respectivo título originario o aborígen, reconociendo que los pueblos indígenas han utilizado los territorios en cuestión por un tiempo histórico enorme, por lo tanto, nada hace pensar que esa tierra pudiese pertenecer a otras personas o no poseer calidad de indígena. Al contrario del sistema registral en Chile, esta tesis no es aceptada o no ha sido realmente considerada.

En relación a lo anterior, esta amplia jurisprudencia internacional, también ha considerado una serie de normas- convenios que son aplicables a esta materia, los cuales ya se han mencionado anteriormente en esta investigación; pero que se hace necesario indicarlos nuevamente a fin de tener a la vista el ordenamiento jurídico internacional, bajo el cual se podrían basar y guiar los tribunales superiores de justicia de los distintos países, de tal forma se ha señalado que: "Los únicos dos instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes sobre los derechos de los pueblos indígenas, a saber, el Convenio 169 (1989) de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, y el Convenio 107 (1957) también de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, contienen normas sobre las tierras y territorios indígenas, que se encuentran estrechamente vinculadas al título indígena. El artículo 11 del Convenio 107 señala que "se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas". Más adelante, el artículo 13 (1) del mismo Convenio establece que "los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional".

Por su parte, el artículo 13 del Convenio 169 señala que "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera". Sobre el mismo aspecto, el artículo 14 del Convenio 169 señala que "deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de

posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia". Más adelante, el artículo 17 señala que "deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos".

Una consecuencia importante de estas disposiciones es que no resulta imprescindible para los pueblos indígenas, ni bajo el Convenio 107 ni de acuerdo al Convenio 169, demostrar una ocupación inmemorial para probar derechos a tierras y recursos. En otras palabras, la normativa internacional ampara tanto la posesión inmemorial como la utilización de tierras y territorios bajo consideraciones distintas de la ocupación inmemorial. Esto último puede resultar de la máxima relevancia para estos grupos indígenas debido a la eventual dificultad de probar su título indígena a través de una posesión inmemorial.”.³⁹

También se debe tener en consideración lo dicho por distintos tribunales, en países como Australia, Canadá y África, han existido fallos de sus cortes que han reconocido títulos indígenas sobre diversos territorios, lo que permite deducir que, si tuviesen normas similares a las chilenas respecto de la enajenación de estas tierras, no podrían venderlas. Así, también internacionalmente se facilita mucho más el estudiar un inmueble o la tierra, pues como mencionábamos, existiría un título originario, de tal forma se ha reconocido en África: “Más recientemente, la Corte Constitucional de Sudáfrica reconoció expresamente el título indígena en su célebre decisión de octubre de 2003, en el caso Richtersveld, dando un espaldarazo definitivo a la doctrina del título indígena en ese país. En orden a fundar su reivindicación territorial, la comunidad Richtersveld tuvo que establecer que ellos tenían derecho a la tierra al momento en que fueron desposeídos. Finalmente, la Corte Constitucional reconoció que la comunidad indígena tenía derecho a la tierra basándose en

³⁹ Gonzalo Aguilar Cavallo. “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”. Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, 2005, Páginas 7 y 8.

el derecho consuetudinario indígena, lo cual podría constituir un ejemplo interesante para los tribunales chilenos al momento de resolver conflictos tierras sobre y territorios indígenas”⁴⁰.

Mientras que, en Australia y Canadá, como ya se indicó en otro capítulo de este trabajo, para respaldar el título indígena en general; se le ha dado reconocimiento al llamado “título originario o aborigen”. Se hace necesario mencionar nuevamente las palabras que utilizan, las cortes de ambos países con el fin de respaldar la jurisprudencia internacional, así de esta manera han señalado lo siguiente: “Por ejemplo, la Corte canadiense le llama "título aborigen" y la Corte australiana "título nativo", pero ambos se refieren a la misma institución jurídica. La sentencia dictada en el caso *Mabo vs. Queensland* (Australia) reconoce la propiedad indígena de la tierra y su título tradicional, mientras que en la sentencia dictada en el caso *Delgamuukw vs. British Columbia* (Canadá), la Corte Suprema canadiense reconoce explícitamente "el título aborigen" a la tierra.”⁴¹

Por otro lado, una de las experiencias internacionales más reconocidas en esta materia es el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua* de 2001, llevado a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se dio lugar al reconocimiento inmemorial como prueba suficiente de título de dominio, en favor de la mencionada comunidad. El caso se ha expresado de la siguiente forma: “el primer caso relativo a la propiedad de una comunidad indígena que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos transmitió a la Corte para su conocimiento. Este caso se trata de una comunidad indígena de la etnia Mayagna o Sumo, asentada en la Costa Atlántica de Nicaragua, Región Autónoma del Atlántico Norte. Los peticionarios alegaban que el gobierno de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y sus recursos naturales. Además, en 1996, el Estado otorgó una concesión por 30 años a la compañía Solcarsa para realizar trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera en las tierras ocupadas por la comunidad sin su consentimiento previo

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

y no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones. de la comunidad sobre sus derechos de propiedad.

El 4 de junio de 1998, la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte Interamericana refiriéndose a la supuesta violación por el Estado nicaragüense de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (obligación de adoptar disposiciones de derechos internos), 21. (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El 31 de agosto de 2001, por siete votos contra uno, la Corte Interamericana resolvió a favor de la Comunidad Awas Tingni, declarando que Nicaragua violó el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad comunal en perjuicio de los miembros de la Comunidad. Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1(1) y 2 de la Convención.

Antes de determinar el contenido normativo del derecho a la propiedad en el contexto de una comunidad indígena, la Corte Interamericana recordó que los tratados internacionales de derechos humanos "son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales". La interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos es un principio de interpretación ya consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En virtud de dicho principio de interpretación y de las reglas del artículo 29 de la Convención Americana, la Corte demostró que el artículo 21 de la Convención comprende "los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal".⁴².

Ante lo anterior, se desprende que existe experiencia jurisprudenciales destacadas, donde a través de la normativa internacional y el reconocimiento evolutivo de estos derechos, se ha logrado facilitar la determinación del dominio y título de las tierras, pues históricamente estas han sido utilizadas por las comunidades indígenas; por tanto, se deduce que dichas propiedades mantienen un carácter indígena. Por su parte, la Corte en cuestión reconoció y

⁴² Ibidem.

básicamente señalo que: “Según la Corte, el derecho de uso y goce libre de las tierras comunales poseídas colectivamente comprende el derecho a la delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas con la plena participación de los miembros de la comunidad y en conformidad con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de las comunidades. En esta sentencia, hay un reconocimiento directo del título indígena, el cual se encuentra gobernado por las normas consuetudinarias de esos pueblos, cuando la Corte enfatiza que "el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro".⁴³.

En síntesis, podemos indicar que la experiencia internacional, es distinta a la nacional. La jurisprudencia ha mencionado cosas distintas y el reconocimiento a través del título originario y el derecho consuetudinario en tribunales internacionales, facilita la posibilidad de determinación de si una propiedad inmobiliaria es indígena o no; lo cual conlleva eventualmente que sea fácil de determinar si se pueden llevar a cabo negocios jurídicos sobre estas propiedades. Por su parte, a nivel nacional aún existen discusiones y difícil determinación de las propiedades, para dilucidar si son inmuebles indígenas o no lo son; dificultando la tarea de las distintas instituciones que se involucran en un posible negocio jurídico, especialmente la tarea del Conservador de Bienes Raíces; como también se debe reconocer que un estudio de títulos con otros elementos y de mayor extensión se hace cada vez más necesario.

⁴³ Ibidem.

CONCLUSIONES.

Durante el proceso de esta investigación, buscábamos relacionar elementos históricos y jurídicos, los cuales nos permitieran deslumbrar los elementos necesarios para el estudio de títulos de una propiedad indígena. Así, fue como en un inicio se presentó una reseña histórica de cómo se obtuvieron los primeros títulos sobre estas propiedad, como fue evolucionando y cambiando la reglamentación, hasta llegar a la ley 19.253, la actual “ley indígena”, que a través de sus artículos permite ejemplificar, cuales serían los requisitos para calificar una propiedad como indígena y por tanto, se pueden llegar a inferir los elementos necesarios para el estudio de esta propiedad; entre estos destacan principalmente la existencia de algún título de merced o de alguna otra forma de entrega del estado de un título sobre las tierras, como también el elemento temporal, pues queda claro que no bastaran 10 años de estudio, como se hace en las propiedades generales.

A la vez, fuimos capaces de comparar un estudio de títulos común, con uno indígena, especialmente en sus elementos y documentos necesarios a reunir por quien realiza dicho estudio, evidenciando que existen bastantes diferencias. Junto con esto, se presentaron las distintas instituciones que se ven involucradas en todo este proceso, por un lado, respecto del sistema registral que se sigue en nuestro país, se involucran principalmente el Conservador de Bienes Raíces, Notarios, Archiveros judiciales indígenas. También, no se puede dejar pasar la oportunidad de nombrar a la CONADI, institución encargada de dos registros, aquel en el cual se detallan los apellidos catalogados como indígenas y que por lo cual, le darían tal calidad a la persona que lo detenta; como el registro público de tierras indígenas, que como se mencionó a lo largo de esta investigación, carece de resultados y es meramente de carácter publicitario, ya que aún existen bastantes tierras, inmuebles o propiedades inmobiliarias que no están en dicho listado registral.

Por otro lado, se vinculó la presentación de un título indígena originario reconocido en otros países y como se ha dado esta discusión en nuestro país (donde no se ha visto muy recogida

esta tesis). Como también se le dio lugar al reconocimiento del título indígena en Chile y como es el proceso para esta determinación, sus niveles de complejidad y elementos a considerar, tanto de la ley, como de otras instituciones.

Respecto de lo anterior, finalizando esta investigación, se mostró el punto de vista jurisprudencial tanto nacional, como internacional. Dejando saber cómo han actuado nuestros tribunales, principalmente ante la negativa de los Conservadores a inscribir títulos que bajo su percepción y estudio calificarían como propiedad indígena. Por su parte, ejemplificamos un caso internacional, que se vincula directamente con la tesis del título originario, pues en muchos países, se ha hecho costumbre tanto por sus tribunales como por organismos internacionales, el reconocer un título histórico de las comunidades indígenas, lo cual obviamente facilita la determinación del título de dominio sobre dichas propiedades, ya que, su reconocimiento por parte de estos organismos y a través del Derecho consuetudinario, nos permiten una rápida y fácil determinación calificativa de esta tierra, es decir la podemos categorizar rápidamente como una propiedad de carácter indígena.

En conclusión, el proyecto investigativo que se buscaba desarrollar en esta memoria, se ha cumplido a cabalidad, pues se ha logrado vislumbrar los elementos necesarios para un estudio de títulos en la propiedad inmobiliaria indígena, como también las dificultades que este proceso conlleva. Así, también se han presentado teorías o tesis de carácter internacional que permitirían mejorar y agilizar este proceso en Chile, pero que aún no son muy aceptadas o desarrolladas por nuestros tribunales. Por lo demás, se desglosó la principal ley en la materia, que es la base de todo este proceso y, por último, se dejó ver la discusión a nivel legal y judicial que aún existe para este tipo de propiedades, lo cual nos deja saber que aún queda mucho por desarrollar a nivel país.

ANEXO

Tal como se menciona en esta investigación existe un registro público nacional de tierras indígenas, el cual se encuentra contemplado en el artículo 15 de la ley 19.253 y que está a cargo de CONADI. A continuación, en este anexo se indica la información sobre como acceder a dicho registro, a quien está dirigido y como se realiza el trámite. Lo anterior con el fin de evidenciar el funcionamiento de este registro; a pesar de no tener un carácter obligatorio, sino meramente publicitario, tal como se argumenta a lo largo de este trabajo de investigación.

REGISTRO PUBLICO DE TIERRAS INDIGENAS

Objetivo



El propósito de este registro es mantener un catastro actualizado de consulta permanente, tanto para los beneficiarios indígenas como para personas naturales externas y este propio servicio, lo cual permite 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.

Distribución



El Registro Público de Tierras tiene un carácter nacional, no obstante, su competencia territorial se encuentra dividida en cuatro ámbitos, es decir, existe un solo registro dividido en cuatro zonas de acuerdo a su reglamento:

- ➔ Registro Norte: abarca las regiones I, II, III y IV, para tierras indígenas andinas, con sede en Iquique.
- ➔ Registro Insular: abarca la provincia de Isla de Pascua para tierras indígenas Rapanui, con sede en Isla de Pascua.
- ➔ Registro Centro Sur: abarca las regiones VIII, IX y X, para tierras indígenas mapuche, con sede en Temuco.
- ➔ Registro Sur: abarca las regiones XI y XII para tierras indígenas kawesqar y yámana o yagán, con sede en Punta Arenas

Beneficios



La calidad Jurídica de las tierras indígenas permite otorgar los beneficios y la aplicación de medidas de protección que la ley contempla para dichas tierras, como es la exención del pago de Impuestos territoriales; protección de las tierras a través de la inembargabilidad, imprescriptibilidad; aplicación de la costumbre y Estatuto Especial en Derecho de Familia y Sucesorio (Art. 13 de la Ley Indígena).

Inscripción



El trámite de inscripción de tierras está dirigido a: Personas y comunidades indígenas que cumplan con los siguientes requisitos:

- Pertenecer a los pueblos reconocidos por la Ley Indígena N° 19.253: aymara, atacameño, quechua, diaguita, colla, rapa nui, mapuche, kawashkar y yagan.
- Ser propietario de tierras, conforme a lo establecido en el artículo 12º de la Ley N° 19.253.

Documentos



Documentación necesaria para inscripción en el registro: Copia de título de dominio vigente.

- Acreditar la calidad de indígena, en caso que el apellido del titular del dominio no sea evidentemente indígena.
- Títulos anteriores para determinar el origen, cuando corresponda.

El esquema del anexo anterior, describe de manera clara, concisa, resumida y eficaz, para que sirva, a quien está dirigido, como se distribuye geográficamente y que beneficios tiene el hecho de inscribir un inmueble o tierra en este registro público llevado por CONADI. Como también la documentación necesaria para llevar a cabo dicha inscripción en este registro.

BIBLIOGRAFIA

- I.- Ley 19.253 establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena.
- II.- Morales Marileo, Álvaro. 2018. Calificación de tierras indígenas, problemas y desafíos actuales. Revista de Derecho Inmobiliario. N°1, Vol.2.
- III.- Gutiérrez, Nelson. 2014. Restitución de tierras y Derechos de las comunidades indígenas. Revista Fojas. Pt. 1.
- IV.- Muñoz, Bernardo. 1999. Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile [en línea]. Serie desarrollo productivo. Serie N°60.
- V.- Aguilar, Gonzalo. "El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno." Ius et Praxis 11, núm. 1 (2005): 269-295. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711110>.
- VI.- Juzgado de letras de Pitrufuquén. Causa Rol: V-20- 2023. Caratulado: Baeza.
- VII.- Juzgado de letras de Mariquina. Causa Rol: V-42-2022. Caratulado: Carrillo.
- VIII.- Francisco de Solano. 1991. Cедulario de Tierras. Compilación de legislación agraria colonial. Universidad Autónoma de México. 2da edición.
- IX. - Antecedentes históricos del conflicto territorial en el sur de Chile. 2015. Biblioteca del Congreso Nacional. Matías Meza-Lopehandía G., Asesoría Técnica Parlamentaria. Anexos: 1831.
- X.- Antonio Dougnac Rodríguez, .1998. Manual de historia del derecho indiano. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4959>.
- XI.- Pávez Ojeda, J., & Payas Puigarnai, G. 2021. El protectorado de indígenas en Chile: estudio introductorio y fuentes, 1898-1923.
- XII.- Quiroga, Daniel Oscar. 2022 "Justicia y territorialidad en la visita de Toledo al repartimiento de Sipesipe (Cochabamba, Charcas, siglo XVI)". Revista Memoria Americana Cuadernos de Etnohistoria. N°2, Vol. 30.