

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS RECAIDO EN UNA MOCION QUE MODIFICA EL CODIGO CIVIL CON EL FIN DE ESTABLECER LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN CONTRAVENCIÓN DE LAS NORMAS QUE PROTEGEN LAS TIERRAS INDIGENAS.

(BOLETÍN N° 12.457-17)

HONORABLE CÁMARA:

La **COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS**, pasa a informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, sobre el proyecto de ley individualizado en el epígrafe, originado en una moción de las diputadas Emilia Nuyado y Jenny Alvarez, y de los diputados Amaro Labra, Raúl Leiva y Esteban Velásquez.

I. CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS

1.- IDEAS FUNDAMENTALES O MATRICES DEL PROYECTO

La idea matriz o central del proyecto es reforzar la protección de las tierras indígenas establecida en la Ley de Desarrollo Indígena, declarando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos jurídicos realizados en contravención de la prohibición establecida en su artículo 13. Para ello, se propone agregar un segundo inciso al artículo 1.683 del Código Civil que establece la prescripción de la acción de nulidad absoluta en 10 años.

2.- NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.

El proyecto no contiene normas de carácter orgánico constitucional ni de quórum calificado.

3.- PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 213 del Reglamento de la Cámara de Diputados, la Comisión abrió un período de audiencias públicas, a las cuales concurrieron el profesional de la Unidad de Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Matías Meza-Lopehandía, la académica de la Universidad de Chile, señora Nancy Yáñez y el abogado y profesor titular de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC), señor Mario Correa Bascuñán.

4.- ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA

El proyecto no contiene normas que deban ser conocidas por la Comisión de Hacienda.

5.- APROBACIÓN EN GENERAL DEL PROYECTO

La iniciativa fue aprobada en general por mayoría de votos. Votaron a favor la diputada Nuyado, y los diputados Baltolu, Barrera (en reemplazo de la diputada Hertz), Crispi, Jiménez, Saldívar y Velásquez, don Esteban (en reemplazo de la diputada Jiles). Se abstuvieron los diputados Schalper y Urruticoechea (7-0-2).

6.- SÍNTESIS DE LAS OPINIONES DE LOS DIPUTADOS CUYO VOTO FUE DISIDENTE DEL ACUERDO ADOPTADO POR LA VOTACIÓN GENERAL DEL PROYECTO.

No hubo opiniones disidentes al proyecto de ley.

7.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADOS POR LA COMISIÓN.

Indicación N° 3, del diputado Schalper, para sustituir el artículo único del proyecto por el siguiente:

“Artículo único.- Modifícase el artículo 13 de la ley N° 19.253, en el siguiente sentido:

“Sustitúyese en el inciso cuarto el punto final por una coma (,) después de la frase nulidad absoluta y agréguese la siguiente frase: “la que tendrá carácter de imprescriptible.”.”

Indicación N° 4, del diputado Schalper, para modificar el artículo 13 de la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en el siguiente sentido:

Agrégase el siguiente inciso quinto nuevo:

“La acción a la que se refiere el inciso anterior se podrá ejercer por un plazo de quince años contados desde que quede inscrita la enajenación o gravamen, siempre que la propiedad conste en el registro al que se refiere el artículo 15 y que se cumplan los demás requisitos legales.”.

8.- DIPUTADO INFORMANTE.

Se designó diputada informante a la señorita Emilia Nuyado Ancapichún.

II. ANTECEDENTES GENERALES. EL PROYECTO DE LEY

Señalan los autores de este proyecto de ley, que para algunos autores, como Bengoa, que “la población mapuche situada entre el río Itata y el río Cruces-Loncoche-, se estima en medio millón de personas. Estableciendo un cálculo entre las dimensiones del terreno equivalentes a 5.4 millones de hectáreas y la cantidad de población que allí residía -500.000 personas aproximadamente- da cuenta de una densidad de un habitante por cada 10.8 hectáreas, lo que no constituiría una concentración exagerada, sino por el contrario, se trataría de una apropiación del territorio adecuada y complementaria al tipo de organización económica y política

que poseían los mapuches en ese entonces”, para expresar su ancestral ocupación de lo que hoy es Chile.

El informe final de la Comisión especial investigadora del caso Huracán, aprobado por la Cámara de Diputados, relata resumidamente, como “el Pueblo Mapuche fue invadido en sus territorios, por parte del colonizador español con mayor o menor éxito durante más de 300 años y luego fueron invadidas sus tierras y territorios por una emergente República de Chile, que a partir de 1850 y en forma sistemática fue ocupando sus espacios bajo la lógica de que no haciendo buen uso de las tierras. Desde 1850 a 1930 los redujo en su ocupación del territorio en las mal llamadas “mercedes”, entregando parte importante de sus tierras ancestrales a colonos chilenos o extranjeros bajo la sentencia de ser ciudadanos de segunda categoría y por la necesidad de expandir por esta naciente República el control del país más allá del río Bío Bío.¹

En ese contexto, la lógica de invasión del territorio por parte del Estado de Chile, determinó que muchos particulares del centro de Chile, vieron una posibilidad cierta de hacerse de tierras de una manera relativamente fácil en el sur del país. Las leyes de radicación, pretendían entregar las tierras declaradas fiscales a colonos extranjeros y nacionales, se había diseñado un plan para ellos; sin embargo, nada pudo impedir la entrada de inescrupulosos particulares, que recurriendo a las más variadas argucias, no dudaron en expulsar y arrebatarles sus tierras a numerosos indígenas.

En las décadas del 50, 60 y 70 fueron nuevamente estigmatizados como conflictivos o revolucionarios, por pretender recuperar parte de las tierras usurpadas en los procesos de Reforma Agraria que llevaron adelante gobiernos de derecha, de centro y de izquierda. Continúa señalando el informe, que a partir de los años 80 la ocupación de sus tierras con fines extractivistas, de cultivo intensivo y del monocultivo de especies exóticas, volvió a generar una tensión importante en el denominado Wallmapu, lo que a mediados de los años 90 y tras la frustración por la falta de avance en sus reivindicaciones y derechos, reiniciaron los actos de movilización, recuperación de tierras y resistencia, siendo juzgados ante la opinión pública como violentistas y terroristas, y estigmatizados nuevamente como delincuentes o sencillamente como terroristas, según la actuación de distintos gobiernos.

No obstante lo anterior, es un hecho relevante el que luego de la recuperación de la democracia en 1990, uno de los temas de mayor relevancia fue

¹ Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de 2003 (pp.329-367).

pedir la restitución de las tierras usurpadas por el Estado y particulares, mediante engaños y fraudes, y buscar su protección especial en la ley.

El Acuerdo de Nueva Imperial de 1989, con la entonces Concertación de Partidos por la Democracia asume los siguientes compromisos con los Pueblos Indígenas:

1. Reconocimiento Constitucional de los pueblos y sus derechos económicos, sociales y culturales.
2. Creación de una Comisión Especial de los Pueblos Indígenas.
3. Creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena un Fondo Nacional de Tierras, Desarrollo y Cultura y
4. Ratificación del Convenio 169, OIT, el año 2008.

En el período de 1990-1994, como un avance institucional relevante se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI. En este sentido, las medidas se orientan al reconocimiento del derecho a la tierra y aguas indígenas, a la diversidad cultural e identidad, a la participación, a la conservación y desarrollo de las lenguas ancestrales, a la salud y a la educación intercultural.

De esta manera, en los Principios Generales de la Ley Indígena N° 19.253 de 1993, hay mención especial sobre las tierras indígenas, al expresar: *“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones, humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.*

El Estado reconoce como principales Pueblos indígenas de Chile a los Pueblos: Mapuche, Aymará, Rapa Nui, Atacameñas, Diaguitas, Quechuas y Collas del norte del país y las comunidades Kaweshkar o Alacalufe y Yamana o Yagande los canales australes.”

El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Y, por tanto, es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades.

En su artículo 13, la Ley Indígena señala expresamente que “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.

Además, en su artículo 15 dispone que 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

La Declaración contiene más de 20 artículos que *“reflejan el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal como son reconocidos progresivamente en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos”*². A su vez, estos artículos reafirman el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones, lo que pone de relieve la importancia de este principio. De este modo, el principio de participación en la Declaración implica que los pueblos indígenas están facultados para ejercer libremente el control de su propio destino en condiciones de igualdad. Sin este derecho fundamental, los indígenas no pueden ejercer plenamente sus derechos humanos, tanto colectivos como individuales. Entre los artículos de la referida Declaración, destacan los siguientes:

Artículo 1.- *“Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.”*

² Rodolfo Stavenhagen, Mensaje del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, con motivo de la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007.

Artículo 8 Número 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 3. “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Artículo 38. “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.”

Convenio 169 de la OIT

El Convenio vigente en Chile desde el 2009, establece que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales (artículo 3) y asegurar que existen instituciones y mecanismos apropiados (artículo 33).

El principio de protección de las tierras y territorio indígena, no solo está fijado en la propia Ley Indígena, sino que en el Convenio 169 de la OIT, que dispone:

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. (art. 13.1)

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 (art. 14.1).”

Tal como se lee en las normas citadas, el Convenio 169 de la OIT dispone que la protección incluye una consideración especial por el vínculo cultural que las personas y comunidades indígenas tienen con la tierra y el territorio.

Ambos principios, contenidos en el artículo 1 de la Ley Indígena y en los arts. 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, tienen una aplicación específica en el artículo 13 de la misma ley y que establece limitaciones a la enajenación de tierras indígenas.

En la Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 19.253³ se lee que *“A partir de entonces y hasta 1971 se verifica en virtud de esta legislación un proceso divisorio que afecta a un total de 832 comunidades con una cantidad de 132.736,72 hectáreas del total de 2.918 comunidades constituidas por la Comisión Radicadora. Muchas de las tierras divididas fueron posteriormente traspasadas por sus adjudicatarios a particulares en virtud de la facultad para enajenarlas dispuesta por la legislación a contar de 1943, facultad que respecto de éstas se mantiene hasta el día de hoy, con períodos intermedios de prohibición entre los años 1947 y 1961.”*

Como se ve, existe evidencia de que la autorización para enajenar tierras indígenas fue un factor relevante en la pérdida territorial que ha afectado al pueblo mapuche y a los demás pueblos indígenas reconocidos en la ley. Dichas autorizaciones son entonces a priori una contradicción frontal de los principios de protección y ampliación de las tierras y el territorio indígena.

De todo lo anterior se deduce que la idea matriz del proyecto es reforzar la acción de nulidad absoluta de los actos realizados en contravención a las normas

³

Primer Informe de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, p. 7.

de protección de la ley indígena, dándole el carácter de imprescriptible a la acción para anular dichos actos y contratos, no limitándolas al plazo de 10 años que establece en la actualidad el artículo 1.683 del Código Civil chileno.

Este proyecto se funda pues, en los instrumentos internacionales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas vigentes en Chile, en la propia la Ley Indígena N° 19.253 de 1993, y en los compromisos adquiridos por el Estado de Chile, sus instituciones y representantes desde 1989 a la fecha.

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

De acuerdo a lo anterior el proyecto en informe modifica al artículo 1.683 del Código Civil agregándole el siguiente inciso segundo y final:

“La nulidad absoluta que se origina en el incumplimiento de las normas sobre protección de tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253, será imprescriptible.”

=====

3.- PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN

La Comisión abrió un período de audiencias públicas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 del Reglamento de la Corporación y recibió las siguientes opiniones sobre el proyecto en informe.

“LA ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA EN LA LEY DE DESARROLLO INDÍGENA”.

Análisis del proyecto de ley que establece su imprescriptibilidad, elaborado por el investigador señor Matías Meza-Lopehandía, de la Unidad de Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, a solicitud de la Comisión.

Resumen

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce y protege especialmente las tierras indígenas. Entre los mecanismos que consagra está la

obligación de impedir que terceros se hagan de aquellas, y en general, evitar los actos de despojo.

La Ley de Desarrollo Indígena (LDI) establece una regulación especial de los actos jurídicos sobre tierras indígenas, que en general excluye a terceros no indígenas de participar en dichos negocios jurídicos, en particular en la enajenación de tierras indígenas, incluyendo una prohibición de adquirirlas por prescripción. La sanción que establece es la nulidad absoluta, pero no regula sus características.

Al recurrirse a la regulación general de la acción de nulidad, se concluye que los actos que contravienen las regulaciones y prohibiciones de la LDI se sanan tras 10 años. Esto genera una ruptura del sistema civil que alinea la prescripción extintiva con la prescripción adquisitiva, la cual no puede operar en estos casos por expresa mención legal. Además, parece contradecir el objetivo declarado de la LDI, alineado con el derecho internacional, en orden a proteger y ampliar las tierras indígenas.

El proyecto propone resolver esta dificultad, estableciendo en el Código Civil que la nulidad absoluta establecida en la LDI “será imprescriptible”. Esta modificación parece resolver el problema detectado a futuro, aunque sus efectos retroactivos quedarían regulados por la legislación actualmente vigente, con resultados inciertos.

Introducción

Actualmente, la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados está abocada al estudio de tres proyectos de ley que modifican la Ley N° 19.253 de 1993 y uno que interviene el Código Civil. Estos abordan distintas materias: (i) el derecho a incluir la pertenencia étnica en el documento de identidad;⁴ (ii) las prácticas consuetudinarias de comercialización indígena;⁵ y (iii) la cuestión de la prescripción de la acción de nulidad absoluta de los contratos celebrados en contravención de las normas que protegen las tierras indígenas.⁶ Por expreso encargo de la Comisión, este informe analiza los alcances de este último proyecto.

⁴Boletines N.º 11.823-17 y N.º 12.929-17.

⁵Boletín N.º 13.549-17

⁶Boletín N.º 12.457-17

Para ello, primero se explica brevemente la fundamentación del proyecto. Luego se exponen el estándar internacional de protección a las tierras indígenas, con énfasis en lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la tercera sección se analiza el alcance de las disposiciones del proyecto desde la perspectiva del derecho civil, y teniendo presente los antecedentes jurisprudenciales recopilados en otro informe BCN sobre la materia.⁷

I. Breve descripción del proyecto de ley

El texto de la moción parlamentaria comienza ofreciendo un resumen del tratamiento legal que el Estado ha dado a las tierras indígenas, especialmente *mapuche*, para luego describir las disposiciones de la LDI que protegen las tierras indígenas, en particular, la que establece la prohibición de enajenarlas y el sistema de registro de aquellas.⁸ Luego, el proyecto cita las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI) que refieren, entre otras cosas, a la obligación estatal de reparar el despojo territorial y de dar protección a las tierras y territorios indígenas.⁹ En el mismo tenor, invoca el deber de proteger la “importancia especial” que tiene la tierra para los indígenas y el deber de reconocerles “el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” establecidos en el Convenio 169 (C169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).¹⁰

Luego, los autores señalan que históricamente la autorización legal para enajenar tierras indígenas habría sido “un factor relevante en la pérdida territorial que ha afectado al pueblo mapuche y a los demás pueblos indígenas reconocidos en la ley”, por lo que constituirían una contradicción con las obligaciones internacionales citadas.¹¹

En concreto, el proyecto busca reforzar la protección de las tierras indígenas establecida en la LDI, declarando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos jurídicos realizados en contravención de la prohibición establecida en su artículo 13. Para ello, se propone agregar un segundo inciso al

⁷BCN, 2019.

⁸Cfr. arts. 13 y 15 LDI.

⁹Cfr. 8.2 y 26.3 DDPI.

¹⁰Cfr. arts. 13.1 y 14.1 C169.

¹¹Moción Parlamentaria, 2019:5.

artículo 1.683 del Código Civil (CC) que establece la prescripción de la acción de nulidad absoluta en 10 años del siguiente tenor:

La nulidad absoluta que se origina en el incumplimiento de las normas sobre protección de tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253, será imprescriptible.¹²

II. Las tierras indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos

El primer instrumento internacional que abordó la cuestión indígena en forma íntegra, fue adoptado en 1957 en el seno de la OIT a través de su Convenio N.º 107.¹³ Ya en esa época, la cuestión de las tierras indígenas ocupó un lugar central. Este tratado, que ya no está abierto a ratificaciones, establece el deber de reconocer la propiedad indígenas colectiva e individual, exige el consentimiento indígena para trasladarlos de sus territorios habituales, valida el derecho sucesorio indígena, y garantiza su participación igualitaria en los programas agrarios nacionales.¹⁴

Aunque el Convenio 169 de la OIT de 1989 (C169) significó un cambio de paradigma en relación con su antecesor en la medida en que fue adoptado “con el fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”,¹⁵ el reconocimiento y protección de las tierras indígenas siguió siendo parte esencial del mismo. En efecto, el nuevo tratado ratificó explícitamente el motivo de la protección especial de las tierras indígenas, vinculando la identidad indígena con la tierra, entendida esta última como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.¹⁶

Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.¹⁷

¹²Moción Parlamentaria, 2019:6.

¹³La OIT fue pionera en abordar la cuestión indígena desde un enfoque de derechos, aunque inicialmente lo hizo centrándose en su condición de trabajadores. Cfr. Convenios 64 y 65 de 1939 sobre los contratos de trabajo y sanciones penales a trabajadores indígenas respectivamente; el Convenio 86 de 1947 sobre contratos de trabajo para trabajadores indígenas; y el Convenio 104 de 1955 sobre la abolición de sanciones penales a trabajadores indígenas (OIT, s.f).

¹⁴Parte II Convenio 107 OIT.

¹⁵Preámbulo C169.

¹⁶Art. 13.1 C169.

¹⁷Art. 13.2 C169. Énfasis añadido.

Además del derecho a la propiedad indígena colectiva e individual, de la protección contra el traslado forzoso, y del respeto al derecho sucesorio indígena, ya reconocidos en el Convenio 107, el C.169 reconoce la posesión sobre las tierras que los indígenas tradicionalmente ocupan y reconoce también una especie de servidumbre sobre las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que han tenido acceso tradicionalmente para sus actividades de subsistencia.¹⁸ De esta manera, el Convenio reafirmó y amplió los derechos reconocidos en materia de tierras en el Convenio 107.

Este estatuto especial de las tierras indígenas y las consiguientes obligaciones ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). A partir de la sentencia del caso *Awas Tigni vs Nicaragua* de 2001, la Corte estableció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para reconocer la propiedad comunal indígena y el deber del Estado de delimitar sus tierras y protegerlas (Corte IDH, 2001). En sentencias sucesivas, ha ampliado este reconocimiento a los territorios, incluyendo los recursos naturales y los elementos incorporales presentes en ellos y el derecho a recuperar las tierras de las que hayan sido desposeídos sin su consentimiento, siempre que mantengan con aquellas un vínculo especial. En estos casos, el transcurso del tiempo y la pérdida de posesión material no condiciona este derecho a la recuperación.¹⁹ Estas cuestiones también han sido recogidas en la DDPI.²⁰

En lo que concierne a este informe, el Convenio 169 establece la obligación de adoptar ciertas medidas específicas de protección de las tierras, más allá de la protección implícita contenida en las reglas anteriores. En particular, se establece: (i) un deber de delimitación de las tierras indígenas;²¹ (ii) un deber de establecer “procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras”;²² (iii) la obligación de impedir que terceros se aprovechen del desconocimiento de las leyes por parte de los indígenas “para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”;²³ y la sanción a las intrusiones no autorizadas a tierra indígena.²⁴

¹⁸ Arts. 14, 16 y 17.1 C169. Montt y Matta (2011:199) denominan este derecho *sui generis* como servidumbre tradicional, la cual consistiría en un “derecho de uso no exclusivo ni excluyente sobre tierras a las que tradicionalmente los pueblos han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

¹⁹ Meza-Lopehandía, 2013.

²⁰ Cfr. arts. 25-29 DDPI. En menor medida, en la Declaración Americana de Derechos de Pueblos Indígenas adoptada en 2016, ver art. XXV.

²¹ Art. 14.2 C169.

²² Art. 14.3 C169. El artículo 19.b añade que los programas agrarios nacionales deben permitir “la asignación de tierras adicionales” a los indígenas cuando las necesitan para llevar una existencia normal.

²³ Art. 17.3 C169.

²⁴ Art. 18 C169.

En esta misma línea la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI), adoptada en 2007 y firmada por Chile, establece el deber estatal de disponer de mecanismos para prevenir y resarcir “[t]odo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos”.²⁵

III. Análisis del proyecto de ley

Como se ha señalado en el primer apartado, el proyecto de ley propone establecer una excepción a la regla general de prescripción de la acción de nulidad contemplada en el Código Civil. Con esto aspira a reforzar la protección de las tierras indígenas establecida en la Ley de Desarrollo Indígena (LDI), en particular, la de su artículo 13 que prohíbe la enajenación, embargo, gravamen, y adquisición por prescripción de tierra indígena por terceros ajenos a la etnia respectiva.

En esta sección se explicará la regulación de los actos jurídicos sobre tierra indígena contenida en la LDI, incluyendo la sanción a la contravención a la prohibición arriba indicada. Luego se revisa cómo operaría la imprescriptibilidad propuesta en distintos escenarios, tomando en cuenta la legislación civil actualmente vigente.

1. La protección de las tierras indígenas en la Ley de Desarrollo Indígena

La LDI fue adoptada en 1993 tras un amplio proceso de participación indígena.²⁶ En línea con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT - que había entrado en vigencia internacional en 1991, el mismo año en que el gobierno ingresó el proyecto de ley al Congreso para su discusión- la Ley reconoce que la tierra es para los indígenas “el fundamento principal de su existencia y cultura”, y por consiguiente, establece el deber social y estatal de [...] proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.²⁷ Asimismo, enumera en forma taxativa las tierras que son consideradas como indígenas, prohíbe ciertos actos jurídicos y establece sanciones, regula su subdivisión y establece un Fondo de Tierras y Aguas para la adquisición de tierras y aguas para personas y comunidades indígenas, entre otras cuestiones.²⁸

²⁵Art. 8.2.b DDPI. Énfasis añadido.

²⁶Sobre el contexto en que se adoptó la LDI y sus principales contenidos, ver BCN, 2020.

²⁷Art. 1 LDI.

²⁸El estatuto de las tierras indígenas consagrado en la LDI es abordado en detalle en BCN, 2019.

1.1. Regulación de los actos jurídicos sobre tierra indígena

Como se ha señalado, la ley restringe la libre disposición sobre las tierras indígenas a través de reglas cuya transgresión es sancionada con la nulidad absoluta. Para ello invoca el interés nacional.²⁹ En efecto, se dispone que las tierras indígenas “no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia”.

Respecto de los gravámenes, la ley establece una prohibición absoluta respecto de la casa habitación y “el terreno necesario para [la] subsistencia” del propietario. O sea, estas porciones, no pueden ser gravadas, ni aun en favor de un tercero perteneciente a la misma etnia. El resto del predio indígena sí puede ser gravado entre indígenas, pero con la autorización previa de CONADI.³⁰

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

De esta manera, se configura lo que ha sido llamado “sub-mercado” de tierras indígenas,³¹ conforme al cual, estas solo pueden transarse entre personas y comunidades de la misma etnia indígena.

En la Tabla N.º 1 se muestran los distintos tipos de actos jurídicos regulados en el artículo 13 de la LDI, especificando su aplicación respecto de tierras comunitarias y de tierras individuales. En la primera columna se indica el acto jurídico regulado con una breve descripción de su alcance. El fundamento de este está en un informe BCN anterior sobre la materia.³²

Tabla N.º 1. Actos jurídicos entre indígenas y terceros no indígenas sobre tierras indígenas referidos en el artículo 13 Ley 19.253.

| Acto jurídico | Tierras comunitarias | Tierras individuales |
|--|----------------------|--------------------------------------|
| Enajenación (transferencia de dominio entre vivos) | Prohibida | |
| Permuta | Prohibida | Permitida con autorización de CONADI |

²⁹Art. 13 LDI. Conforme al texto constitucional vigente (CPR), solo la ley puede imponer limitaciones y obligaciones sobre la propiedad, derivadas de su función social, la cual comprende, entre otras “cuanto exijan los intereses generales de la Nación” (art. 19.24 CPR). Más específicamente, el numeral 23 del mismo artículo establece que se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de ciertos bienes “cuando así lo exija el interés nacional”.

³⁰Art. 13 inciso primero LDI. Existe evidencia de que el Banco Estado entregó créditos hipotecarios gravando predios indígenas con autorización de CONADI. Dada la regulación descrita, los postores de un eventual remate de la propiedad gravada solo podrían ser personas o comunidades de la misma etnia del dueño indígena (López, 1999).

³¹Bengoa, 2017:18.

³²BCN, 2019.

| | | |
|--|---|---|
| | | (tierras de similar valor comercial, que pasan a ser indígenas) |
| Embargo (ejecutivo y cautelar) | Prohibido | |
| Gravamen voluntario (derechos reales como hipoteca, servidumbre, usufructo) | Prohibido respecto de casa-habitación y terreno necesario para subsistencia | |
| | Permitido en los demás casos, previa autorización de CONADI. | |
| Gravamen legal (derechos reales) | Discutido | |
| Adquisición por prescripción (posesión con ánimo de señor y dueño más transcurso del tiempo) | Prohibido | |
| Arriendo | Prohibido | Permitido hasta por cinco años |
| Comodato | Prohibido | Permitido hasta por cinco años |
| Cesión de uso, goce o administración | Prohibido | Permitido hasta por cinco años |

Fuente: elaboración propia

1.2 La sanción a la contravención de la regulación del artículo 13 de la LDI

El artículo 13 contempla la sanción correspondiente a la infracción de sus disposiciones, señalando que “[l]os actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta”. La ley no define lo que entiende por tal, por lo que es necesario acudir a su regulación genérica establecida en el Código Civil.³³

La nulidad es una sanción civil a la omisión de un requisito que la ley establece para la validez de un acto jurídico. Conforme al Código del ramo citado, cuando dicha omisión recae sobre alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie, opera la nulidad absoluta. En cambio, cuando lo omitido es un requisito establecido en relación con la calidad o estado de las partes, opera la nulidad relativa.³⁴

Ambos tipos de nulidad se diferencian por sus causales, los habilitados para solicitarla y sus formas de saneamiento. Determinar qué tipo de nulidad aplica a determinada omisión de requisitos de un acto jurídico puede llegar a ser una cuestión compleja. Ahora bien, esto fue zanjado por el legislador especial de forma expresa. En efecto, el inciso final del artículo 13 de la LDI señala el tipo de nulidad aplicable a las infracciones a su contenido:

Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de *nulidad absoluta*.³⁵

En consecuencia, esta sanción de ineficacia puede ser declarada de oficio por el juez cuando el vicio es evidente y puede ser solicitada por cualquiera que tenga interés (pecuniario) en ello, y no haya concurrido a su celebración sabiendo o debiendo saber el vicio que la afecta, y por la Fiscalía Judicial³⁶ en interés de la moral o la ley.³⁷ En atención al interés público involucrado, a diferencia de la nulidad relativa que también se sana por la confirmación del que puede solicitarla, la nulidad absoluta sólo se

³³Es un lugar común en los estudios del derecho que el Código Civil constituye el derecho común, esto es, aquel que regula todo aquello que no está regulado en una rama especial del derecho, y por ello sería también supletorio. Esto se apoyaría en el texto del artículo 4 del Código Civil, aunque parte de la doctrina no reconocería esta función supletoria del Código Civil (Otárola, 2012).

³⁴Art. 1.682 CC.

³⁵Énfasis añadido.

³⁶ La Ley N.º 19.665 de 2001 modificó el Código Orgánico de Tribuales para adaptarlo al nuevo Código Procesal Penal, modificando el nombre del Ministerio Público (órgano auxiliar de la administración de justicia) por el de Fiscalía Judicial, para distinguirlo del órgano persecutor.

³⁷Jurisprudencia que aplica estas disposiciones ha sido revisada en BCN, 2019.

sanea por el transcurso del tiempo superior a diez años.³⁸ Esto último significa que la acción para reclamar la nulidad absoluta de los actos jurídicos celebrados en contravención al artículo 13 de la LDI prescribe en 10 años desde su celebración.

2. Efectos de la prescripción de la acción civil de nulidad en la LDI

Conforme al Código Civil, “[l]a prescripción es un modo [...] de extinguir las acciones y derechos ajenos, por [...] no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.³⁹

De esta manera, la prescripción de la acción de nulidad absoluta implica un saneamiento del vicio que afectaba al acto jurídico en cuestión. En otras palabras, que el acto viciado se sanee con el tiempo significa que, transcurrido el plazo legal, ya no puede reclamarse su invalidez.

La contracara de esta prescripción extintiva es la prescripción adquisitiva. Esta es la que permite ganar el dominio (y otros derechos reales) de una cosa a través de su posesión ininterrumpida con las condiciones legales.⁴⁰ Así, por ejemplo, la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño no poseedor de la cosa contra el poseedor, no tiene tiempo de prescripción. Sin embargo, se extingue cuando dicho poseedor adquiere la cosa por prescripción.⁴¹

Por su parte, la acción de nulidad absoluta sí tiene un tiempo de prescripción: diez años. Este coincide con el plazo más largo de prescripción adquisitiva establecido en el Código Civil, esto es, la prescripción extraordinaria, que favorece a quien posee de buena fe, aún sin título.⁴² Aunque existen acciones con plazos de prescripción menores, la prescripción extraordinaria busca clausurar cualquier posible controversia cumplidos los diez años de posesión. De esta manera se asegura la certeza del sistema: siempre hay un dueño de la cosa, porque aun cuando quien la posea lo haga sin título o con un título injusto, la adquiere por prescripción con el transcurso del tiempo.

Las reglas de protección consagradas en la LDI son inconsistentes con este sistema. Por un lado, remiten (o parecen remitir) a las reglas de prescripción de la acción de nulidad absoluta.⁴³ Por otro, prohíben la adquisición por prescripción de

³⁸Art. 1.682 y 1684 CC.

³⁹Art. 2.492 CC.

⁴⁰Art. 2.498 CC.

⁴¹Art 2.517 CC.

⁴²Art. 2.510 CC.

⁴³Otárola (2012:104) plantea que en aquellos casos en que el derecho especial opera con una lógica distinta a al derecho general, pues “se han consolidado en microsistemas, creando

la tierra indígena. Esto provoca situaciones de resolución incierta, como se muestra a continuación con un ejemplo.

Un predio indígena es vendido por su dueño a un tercero no indígena. El título es inscrito en el Conservador de Bienes Raíces.⁴⁴ Transcurrido los 10 años, los herederos del vendedor buscan recuperar la tierra.⁴⁵ No pueden intentar la acción de nulidad de la compraventa, pues esta está prescrita. Podrían intentar la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño no poseedor de una cosa, contra el poseedor no dueño.⁴⁶ Sin embargo, el resultado sería incierto, pues en el sistema chileno la prueba de la propiedad está íntimamente vinculada a la prueba de la posesión, la que a su vez depende de la inscripción registral. Por esto, los reclamantes deberían intentar dejar sin efecto la inscripción vigente a nombre del comprador. Para ello sería necesario atacar el título, en este caso la compraventa, el cual está saneado por el transcurso del tiempo.

Este resultado puede ser problemático no solo porque provoca incertidumbre, en tanto no queda claro quién es el dueño del predio aun después de transcurridos 10 años de celebrado el acto jurídico viciado. También lo es desde el punto de vista de los objetivos de la LDI, que invoca el interés nacional para proteger las tierras indígenas. En este caso, la prescripción de la acción de nulidad podría considerarse como discordante con el mandato legal de preservación y ampliación del patrimonio territorial indígena. Esto es especialmente cierto si se entiende que la LDI consagra un estatuto real de protección, o sea, que lo que protege es un conjunto determinado o determinable de tierras que constituyen el patrimonio territorial indígena, y no la protección de las personas indígenas.⁴⁷

en el sector una nueva lógica distinta y única”, este no podría operar en forma supletoria. Bien podría defenderse la idea de que la LDI constituye uno de estos microsistemas, donde la imprescriptibilidad de la acción de nulidad es la forma de llenar el vacío regulativo en la materia.

⁴⁴Aquí cabe tener presente que existe una controversia significativa relativa al alcance de las facultades del CBR en relación con la inscripción de tierras indígenas a nombre de terceros. El artículo 13 de su Reglamento establece que debe negar la inscripción de títulos que sean “en algún sentido legalmente inadmisibles” cuando sea visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente. Si el CBR se niega a inscribir, el afectado lleva la cuestión a tribunales civiles, que tienden a ordenar la inscripción, pues entiende que el CBR puede negarse a inscribir frente a vicios de nulidad aparentes en el título mismo, sin que quede autorizado a estudiar sus antecedentes. Como el propietario indígena es el interesado en la venta, estos casos no llegan a juicios de lato conocimiento (BCN, 2019).

⁴⁵ Se usa la figura del heredero, porque de acuerdo a las reglas del CC, quien celebra el acto nulo a sabiendas del vicio que lo afecta o debiendo saberlo, no puede alegar la nulidad. Existe jurisprudencia constante que señala que este “conocimiento” no se transmite a los herederos, por lo que la sucesión sí puede alegar la nulidad (cfr. Corte Suprema, rol 7168-2017:c. 2 [sentencia de reemplazo]).

⁴⁶Art. 889 CC.

Existen otros problemas que emanan de la aplicación de la prescripción de la acción de nulidad del Código Civil a los actos jurídicos regulados en la LDI. Por ejemplo, como ha señalado la Corte Suprema, el legislador ha mirado "con sospecha" los arrendamientos de tierra indígena, porque en el pasado fueron utilizados para eludir las prohibiciones legales, típicamente, a través de arrendamientos a noventa y nueve años.⁴⁸ Esto explica la prohibición de arrendar tierra indígena comunitaria, su limitación a 5 años en el caso de las tierras individuales y el mandato dirigido al Ejecutivo para realizar un estudio sobre los contratos de arrendamiento suscritos con plazos superiores a 10 años durante la vigencia de la legislación anterior.⁴⁹

Piénsese en un arriendo prohibido celebrado bajo la vigencia de la LDI que exceda con largueza los 5 años que permite la ley, por ejemplo, 99 años. Si los sucesores del arrendador original quisieran recuperar el predio diez años después, no podrían intentar la nulidad, porque estaría prescrita. Si intentan, por ejemplo, una acción de precario, que es la que tiene el dueño contra el mero tenedor de una cosa, el arrendatario podría oponer su contrato saneado para evitar ser obligado a restituir el inmueble.⁵⁰ Aquí también el resultado de la acción es incierto, debido a la prescripción de la acción de nulidad, lo que parece contraponerse con la intención del legislador de evitar arrendamientos de larga duración, precisamente porque se trata de una fórmula para eludir las prohibiciones y regulaciones contempladas en la ley.

3. La propuesta de imprescriptibilidad de la acción

⁴⁷Sobre la diferencia entre ambos entendimientos del sentido de la protección de las tierras en la LDI y sus fundamentos, ver BCN, 2019.

⁴⁸CS, rol 89.636 - 2016: c. 6°. La figura de arrendamiento a 99 años se utilizó profusamente para sortear la moratoria de 20 años que establecieron los Decretos Leyes N.º 2.568 y N.º 2.750 que modificaron la Ley 17.729 de 1972 para la enajenación de las hijuelas resultantes de la liquidación de las comunidades indígenas. Existen sentencias que se inclinan por afirmar la validez de estos contratos, apoyándose en la irretroactividad de la ley. De esta manera, el contrato estaría regulado por la ley 17.729 y sus modificaciones, de manera que el arrendamiento a 99 años sería perfectamente legal (Corte Suprema, rol 192-2005; en el mismo sentido, CS rol 4722-00; Corte de Apelaciones de Temuco rol 165-2012). Recientemente, la Corte ha adoptado el criterio contrario, apoyándose en que estos contratos se habrían realizado en fraude a la ley vigente al momento en que se celebraron (que prohibía la enajenación durante 20 años), y en atención al interés nacional en la preservación de las tierras indígenas manifestado por el legislador (CS 23.194-2018).

⁴⁹El artículo 14 transitorio de la LDI señala a este respecto: "La Corporación, dentro del plazo de un año contado desde la vigencia de esta ley, deberá entregar al Ministerio de Justicia un estudio acerca de los contratos de arrendamiento actualmente vigentes, suscritos por un plazo superior a 10 años, referidos a hijuelas provenientes de la división de reservas indígenas constituidas en el decreto ley N° 4.111, de 1931, y la ley N° 17.729, de 1972, y sus posteriores modificaciones, con el objeto de determinar si ha existido o no simulación." Esta cuestión no ha pasado desapercibida en tribunales (Cfr. CS 23.194-2018)

⁵⁰Existen sentencias recientes de la Corte Suprema en este sentido (BCN, 2019).

Como se ha señalado, el proyecto propone incorporar en el Código Civil la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta originada en la infracción de las normas sobre regulación de actos jurídicos recaídos sobre tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253.

En primer lugar, cabe señalar que esta forma de protección de aquellas no es ajena a la legislación chilena. En efecto, la Ley N° 17.729 de 1972, antes de las modificaciones que se le hicieron a través de decretos leyes en 1979, contemplaba la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos y contratos celebrados en contravención de los requisitos de validez que la ley establecía.⁵¹

En segundo lugar, tal como lo señalan los autores del proyecto, buscaría evitar la pérdida de patrimonio territorial indígena, a través de un reforzamiento de la acción de nulidad absoluta del artículo 13 de la LDI.⁵²

A continuación, se revisa el eventual alcance de la disposición propuesta.

3.1. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad en el tiempo

El proyecto establece que la nulidad que se origina en el incumplimiento de las normas de protección de las tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253 “será imprescriptible”. No cabe duda que esta disposición resultaría plenamente aplicable a los actos jurídicos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Así, por ejemplo, si se celebrase un contrato de arrendamiento de tierra indígena a 99 años entre un indígena y un tercero no indígena, los sucesores del arrendador podrían alegar la nulidad en cualquier momento, sin que dicha acción prescriba.

⁵¹Cfr. art. 12 Ley 17.729. Esta ley fue casi íntegramente sustituida por el Decreto Ley N.º 2.568 y N.º 2.750 de 1979, que no contemplaban la imprescriptibilidad. En efecto, sus considerandos identificaban la “propiedad indígena” como “fuente de numerosos problemas” que obstaculizaban el progreso de la población indígena y por lo mismo, estableció mecanismos para desafectar dichas tierras.

⁵²Así lo señalan explícitamente los autores en los fundamentos del proyecto: “Como se ve, existe evidencia de que la autorización para enajenar tierras indígenas fue un factor relevante en la pérdida territorial que ha afectado al pueblo mapuche y a los demás pueblos indígenas reconocidos en la ley. Dichas autorizaciones son entonces a priori una contradicción frontal de los principios de protección y ampliación de las tierras y el territorio indígena.

La idea matriz del proyecto es reforzar la acción de nulidad absoluta de los actos realizados en contravención a las normas de protección de la ley indígena, dándole el carácter de IMPRESCRIPTIBILIDAD a la acción para anular dichos actos y contratos, no limitándolas al plazo de 10 años que establece en la actualidad el Artículo 1.683 del Código Civil Chileno.” (Moción Parlamentaria, 2019:5-6).

Esta misma cuestión sería más compleja respecto de contratos celebrados con anterioridad a la eventual entrada en vigor de la reforma, pues debe considerarse el efecto de la ley en el tiempo y los derechos adquiridos, con sus implicaciones legales y constitucionales.

Actos jurídicos celebrados bajo la LDI antes de la declaración de imprescriptibilidad de la nulidad

Una primera situación sería la de un acto jurídico prohibido celebrado bajo la vigencia de la LDI, pero antes de la entrada en vigor de la eventual reforma, y respecto del cual han transcurrido más de diez años de su celebración.

Aquí cabe hacer una primera distinción. Si existe una sentencia firme que establece la prescripción de la acción de nulidad, podría haber obstáculos constitucionales para la aplicación retroactiva de la norma de imprescriptibilidad. En particular la disposición contenida en el artículo 76 constitucional que prohíbe al poder Ejecutivo y al Legislativo “hacer revivir procesos fenecidos”. En efecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que esta consagra la cosa juzgada como una garantía constitucional frente a la actividad de colegisladora del Ejecutivo y el Legislativo.⁵³

En segundo lugar, están los casos en que no existe una sentencia definitiva, sea porque no han sido sometido al conocimiento de tribunales, o fuere porque en estos aun no existe una sentencia firme.⁵⁴ Aquí es necesario determinar los efectos de la declaración de imprescriptibilidad.

En primer lugar, cabe tener presente que conforme a las reglas generales, la prescripción de derechos no opera de pleno derecho, sino que debe ser alegada en juicio, no pudiendo el juez declararla de oficio.⁵⁵ Esto es relevante, porque parece indicar que mientras no exista la declaración judicial, aquel que podría ser favorecido por la declaración de prescripción no tendría un derecho adquirido respecto de dicha declaración, sino solo una mera expectativa. Ahora bien, una cosa distinta es determinar si las leyes aplicables al contrato al momento de su declaración, y en particular las que regulan la prescripción de la acción de nulidad, subsisten a la vigencia de dichas leyes o no.

En este sentido, la Ley de Efecto Retroactivo de la Ley de 1861 (LERL), establece que en los contratos se entiende incorporada la ley vigente al tiempo de

⁵³STC 2690 y STC 3385.

⁵⁴El propio TC ha señalado que mientras el proceso judicial se encuentre pendiente, los colegisladores pueden adoptar nueva legislación dirigida a “ampliar atribuciones y facultades a las partes de un proceso y al órgano competente para resolverlo” (STC 15:cc 8-10)

⁵⁵Art. 2.493 CC.

su celebración.⁵⁶ Esto parece indicar que la regla de prescripción en diez años sería parte del contrato.

Por otra parte, la misma norma establece disposiciones específicas para la prescripción. Su artículo 25 señala que aquella iniciada bajo la ley antigua que no estuviere completada al momento de entrar en vigor la nueva ley, se regirá por la que prefiera el prescribiente, esto es, aquel que se beneficiaría por la misma. El artículo siguiente, señala que si la nueva ley declara la imprescriptibilidad, no podría ganarse la prescripción bajo la nueva. Si bien esta se refiere a la prescripción adquisitiva, esto es, la que permite hacerse dueño de una cosa, y no la extintiva, que es la que extingue derechos y acciones, bien podría aplicarse por analogía, en el sentido de que el prescribiente no podría favorecerse con la prescripción iniciada durante la vigencia de una ley que la permitía, cuando la ley actual la prohíbe.

En cualquier caso, la complejidad de estas materias podría suponer la conveniencia de que el legislador considere la posibilidad de discutir explícitamente la cuestión del efecto de la declaración de imprescriptibilidad en los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.

Actos jurídicos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor la LDI

Una segunda cuestión que cabe examinar, es la de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LDI. Aquí la cuestión es distinta, por cuanto bajo el marco regulativo de los Decretos Leyes N.º 2.568 y N.º 2.750 de 1979 las hijuelas resultantes de la liquidación de las reservas indígenas dejaban de ser tierras indígenas.⁵⁷ Estas podían ser objeto de cualquier acto jurídico, sin perjuicio de la prohibición de enajenación por veinte años contados desde la inscripción de la misma en el Conservador de Bienes Raíces.⁵⁸ De hecho, como se señaló, bajo este entramado jurídico proliferaron los arrendamientos a 99 años como fórmula de obviar dicha prohibición temporal de enajenación.⁵⁹

De esta manera, los actos transfirieron legalmente el dominio bajo la normativa vigente al momento en que se realizaron, podrían haber generado derechos adquiridos, protegidos por la ley y la garantía constitucional de propiedad.⁶⁰

En cuanto a los contratos que no transfieren el dominio ni otros derechos reales, como el arrendamiento o el comodato, la pregunta aquí también es cuál es la norma aplicable, la que estaba vigente al momento del contrato o la que está vigente al solicitar su terminación. La respuesta es similar al caso de los

⁵⁶Art. 22 LERL.

⁵⁷Art. 1 DL N.º 2.568.

⁵⁸Art. 26 DL N.º 2.568.

⁵⁹Aylwin, 2002; Boccara y Seguel-Boccara, 1999.

⁶⁰Cfr. art. 12 LERL y art. 19 N.º 24 CPR.

contratos celebrados bajo la vigencia de la LDI. Sin embargo, en la práctica, la cuestión ha sido planteada en diversas ocasiones ante los tribunales de justicia, aunque la discusión no ha sido en torno a la cuestión de la prescripción de la acción de nulidad, pues lo solicitado ha sido la terminación del contrato de arrendamiento. En el último tiempo se ha ido asentando una jurisprudencia favorable al reclamante indígena.⁶¹

3.2. Ubicación de la norma

El proyecto propone intervenir el Código Civil. En particular el artículo 1.683 que establece los casos en que puede ser declarada de oficio, quién puede solicitarla y su plazo de prescripción. Esto último explica la opción de los autores por incorporar la imprescriptibilidad en un segundo inciso en dicho artículo.

Ahora bien, cabe tener presente que el 1.683 resulta aplicable a la nulidad absoluta establecida en la LDI precisamente porque dicha normativa no contiene una regulación especial en la materia, por consiguiente, se aplica la norma general en carácter de supletoria. De ahí que podría ser más apropiado incorporar la cláusula de imprescriptibilidad en la ley especial en cuyo ámbito de aplicación operaría, en vez de incluir una disposición especial en una regla de aplicación general. Además, esto permitiría que la disposición siga la suerte de la LDI.⁶² En efecto, esa es la técnica que utilizó el legislador al establecer la imprescriptibilidad en la Ley N° 17.729 de 1972.


⁶¹Esta considera que tales contratos constituyen una fórmula para evadir la ley vigente al momento de celebrarlos, que prohibía durante 20 años la enajenación, pues el arrendamiento a 99 años se parecería más a una venta que a un arriendo. Además, la normativa actual los prohibiría, y por tratarse de un fraude a la ley, procedería la terminación del arrendamiento. En una sentencia de marzo de 2020, la Corte Suprema ha aludido a esta tendencia jurisprudencial: “Quinto:[...] la materia de fondo debatida en autos ha sido conocida por este tribunal en no pocas ocasiones, en que se ha reclamado su intervención en controversias surgidas a propósito de contratos de arrendamiento de tierras indígenas celebrados al amparo de la ley 17.729 por un plazo de noventa y nueve años, o por veinte años (límite a partir del cual estaba autorizada la enajenación) con cláusula de promesa de compraventa al vencimiento de dicho plazo, sea porque se demandaba el cumplimiento de la promesa por el arrendatario, o porque el arrendador solicitaba dejar sin efecto una determinada cesión realizada por el arrendatario, entre otras (C.S., roles N ° 5561-2008, 1903-2009, y más recientemente 89.636-16). En todas ellas - con los matices de cada caso - la doctrina asentada por la Corte ha hecho prevalecer el nuevo estatuto legal contenido en la ley 19.253, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena” (23.194-2018)

⁶²Por ejemplo, si la LDI es derogada y/o sustituida por otro cuerpo legal, no sería necesario modificar nuevamente en el Código Civil.

El profesional de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), señor **Matías Meza-Lopehandía**, agradeciendo la invitación, expuso ante la Comisión mediante la siguiente presentación digital:⁶³

La acción de nulidad absoluta en la Ley de Desarrollo Indígena
Análisis del proyecto de ley que establece su imprescriptibilidad

Por Matías Meza-Lopehandía G.
SSP126933

 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN

Sinópsis

- Las tierras indígenas en el derecho internacional
- Las tierras indígenas en la Ley de Desarrollo Indígena
- Posibles efectos de la imprescriptibilidad

Derecho Internacional

Convenio 169 OIT y desarrollo de la Corte IDH

- Fundamento de la protección especial: relación identitaria con las tierras
- Alcance de la protección: hábitat
- Algunos derechos:
 - Delimitación de las tierras
 - Establecer mecanismo para resolver reivindicaciones de tierras
 - Impedir aprovechamiento de terceros
 - Sancionar intrusiones no autorizadas

⁶³ Disponible en: https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=208264&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

Derecho Internacional

Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 8.2.b)

"Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: [...] b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos"

Ley de Desarrollo Indígena

Cuestiones generales

- Reconocimiento de relación identitaria con la tierra
- Mandato de protección y ampliación de las tierras indígenas

Prohibiciones (sub-mercado de tierras indígenas)

- Enajenación
- Embargo
- Gravamen
- Prescripción
- Arrendamiento, comodato y cesión de tierras comunitarias
- Arrendamiento, comodato y cesión por más de 5 años (tierras individuales)

| Acto jurídico | Tierras comunitarias | Tierras individuales |
|--|---|--|
| Enajenación (transferencia de dominio entre vivos) | Prohibida | |
| Permuta | Prohibida | Permitida con autorización de CONADI (tierras de similar valor comercial, que pasan a ser indígenas) |
| Embargo (ejecutivo y cautelar) | Prohibido | |
| Gravamen voluntario (derechos reales como hipoteca, servidumbre, usufructo) | Prohibido respecto de casa-habitación y terreno necesario para subsistencia Permitido en los demás casos, previa autorización de CONADI. | |
| Gravamen legal (derechos reales) | Discutido | |
| Adquisición por prescripción (posesión con ánimo de señor y dueño más transcurso del tiempo) | Prohibido | |
| Arriendo | Prohibido | Permitido hasta por cinco años |
| Comodato | Prohibido | Permitido hasta por cinco años |
| Cesión de uso, goce o administración | Prohibido | Permitido hasta por cinco años |

Sanción: nulidad absoluta

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

Nulidad absoluta según el Código Civil

- Declaración de oficio, o por solicitud de la Fiscalía Judicial o de cualquier interesado (excepto el que lo celebró a sabiendas)
- Saneamiento: 10 años (prescripción extintiva)
- Contracara: prescripción adquisitiva extraordinaria (10 años)

Efectos de la prescripción extintiva en la LDI

Saneamiento del vicio y prohibición de adquirir por prescripción

- Ejemplo:
 - Compraventa de tierra indígena: problema de la prueba de la propiedad

Saneamiento del vicio y mandato de protección y ampliación de tierras

- Ejemplo:
 - Arrendamiento a 99 años: problema del título saneado frente a la acción de precario (jurisprudencia terminación de contrato)

Imprescriptibilidad de la acción de nulidad

- Antecedentes: Ley N° 17.729
- Busca evitar la pérdida de patrimonio indígena (estatuto real vs. estatuto personal)

Imprescriptibilidad de la acción de nulidad

Efectos en el tiempo: retroactividad de la ley

- Actos celebrados durante la vigencia de la LDI:
 - Prescripción no opera de pleno derecho (mera expectativa)
 - Con sentencia firme | sin sentencia firme
 - ¿Ley aplicable al acto? Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes o LERL (reglas para contratos y reglas para prescripción)

Imprescriptibilidad de la acción de nulidad

Ley de Efecto Retroactivo de la Ley

- Contratos: las leyes vigentes al momento de su celebración se entienden incorporadas en él (art. 22).
- Prescripción incompleta:
 - Prescripción permitida: opera la ley que elija el prescribiente (art. 25)
 - Prescripción prohibida en nueva ley: no puede ganarse la prescripción (¿adquisitiva?) (art. 26)

Imprescriptibilidad de la acción de nulidad

Efectos en el tiempo: retroactividad de la ley

- Actos celebrados antes de la vigencia de la LDI:
 - Actos traslativos de dominio: derechos adquiridos
 - Actos no traslativos de dominio: LERL; jurisprudencia juicios de terminación de arrendamiento

Imprescriptibilidad de la acción de nulidad

Ubicación de la norma

¿Modificar el Código Civil o de la Ley de Desarrollo Indígena?

La **abogada y académica de la Universidad de Chile, señora Nancy Yáñez Fuenzalida**, junto con agradecer la invitación, expuso mediante la siguiente presentación digital:⁶⁴

⁶⁴ Disponible en: https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=208264&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

DRA. NANCY YAÑEZ FUENZALIDA

Que dice el artículo

- Artículo 13.- Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la 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. l

Adquisición por prescripción

- En particular, la sentencia Rol 4897-2007 habla sobre la adquisición por prescripción de un territorio indígena cuya posesión se habría adquirido por medio de una promesa de CV efectuada con anterioridad a que revistiera calidad de indígena (considerandos sexto y séptimo relevantes en ese sentido). El fondo del asunto está en la discusión entre LERL y la ley indígena. En ese sentido, la Corte estimó que se podía adquirir por prescripción.

La propuesta y los antecedentes nacionales

- La propuesta de imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta originada en la infracción de las normas sobre regulación de actos jurídicos prohibidos por el artículo 13 de la Ley N° 19.253, busca garantizar la protección efectiva de las tierras indígenas.
- La Ley N° 17.729 de 1972, contemplaba la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos y contratos celebrados en contravención de los requisitos de validez que la ley establecía.
- La situación generada por el DL 2568/79 y 2885/79
- CGR determina que las tierras indígenas no pueden ser objeto del proceso de regularización establecido en el decreto ley N° 2.695, de 1979. El artículo 8° decreto ley N° 2.695 de 1979, dispone que esa normativa no es aplicable a las tierras indígenas regidas por la Ley N° 17.729.

Ineficacia: Causa rol 8228-2010

DECIMO SEXTO: Que las normas contenidas en la Ley Nº 19.253 son de orden público, en cuanto se fundamentan en razones de interés nacional y tienen sin duda un carácter proteccionista de las tierras indígenas, asumiendo que los pueblos aborígenes existentes en Chile son los poseedores originarios de la tierra y que ésta es para ellos, el fundamento principal de su vida y su cultura. Ahora bien, establecido que el inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa tiene la calidad de tierra indígena, se encuentra afecto a la prohibición del artículo 13 de la Ley 19.253, de modo que una compraventa que recaiga sobre este bien raíz, celebrada entre partes que no poseen las calidades que la misma norma exige, será ineficaz y no producirá obligación alguna, porque el estatuto especialísimo que les es aplicable implica vigencia in actum y efectos inmediatos que prevalecen sobre las normas generales sobre irretroactividad de las leyes e impiden la aplicación y subsistencia de la ley antigua, incluso para aquellas situaciones jurídicas nacidas con anterioridad.

Huilipan con Toro

- Espíritu de la reforma de la Ley 19.253.
- Protección de las tierras indígenas por “exigencias de interés nacional”.
- La jurisprudencia ha hecho prevalecer el estatuto de la Ley indígena.
- No obstante, se busca hacer respetar el régimen legal vigente al momento de la celebración del contrato.
- ✓ El artículo 26 prohibía la indivisibilidad de las hijuelas

El fraude a la ley

- Intencionalidad de eludir la ley
- Privación indefinida del goce
- Simulación para defraudar la ley
- Se busca hacer respetar el régimen legal vigente al momento de la celebración del contrato.

Imprescriptibilidad en el derecho comparado e interamericano

- Obligación de asegurar el goce efectivo de la propiedad indígena.
- La Corte IDH ha constatado que la normatividad de varios países de la región Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, incluye de alguna forma que los territorios indígenas son, entre otros, inalienables e imprescriptibles.”
- Corte IDH, caso de los pueblos indígenas Kuna de Mandungandi y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panama, 2014, párr. 142

Derecho de propiedad de los pueblos indígenas

- ⊙ El Convenio N° 169 de la OIT
 - > Normativa
 - > Interpretación

- ⊙ Estándares internacionales
 - > Sistema Interamericano de Derechos Humanos
 - > Sistema de la ONU

- ⊙ Aplicación en el derecho comparado

Convenio N°169 de la OIT

- Antecedentes generales
- Convenio N° 107 de 1957
- Convenio N° 169 de 1989
 - Disposiciones sobre tierra y territorios

Organización Internacional del Trabajo

- Creada por el tratado de Versalles en 1919 como parte integrante de la Liga de las Naciones
- Luego de la creación de la ONU en 1945 pasa a integrar esta entidad
- **Órgano sui generis**, ya que a diferencia de otras entidades internacionales está integrado por 3 estamentos los que integran su órgano máximo (Según art. 3 de la Constitución de la OIT, la Conferencia General de la OIT estará integrada por dos delegados del gobierno, uno de los empleadores y uno de los trabajadores de cada uno de los Miembros.)

OIT: Preocupación temprana por los indígenas

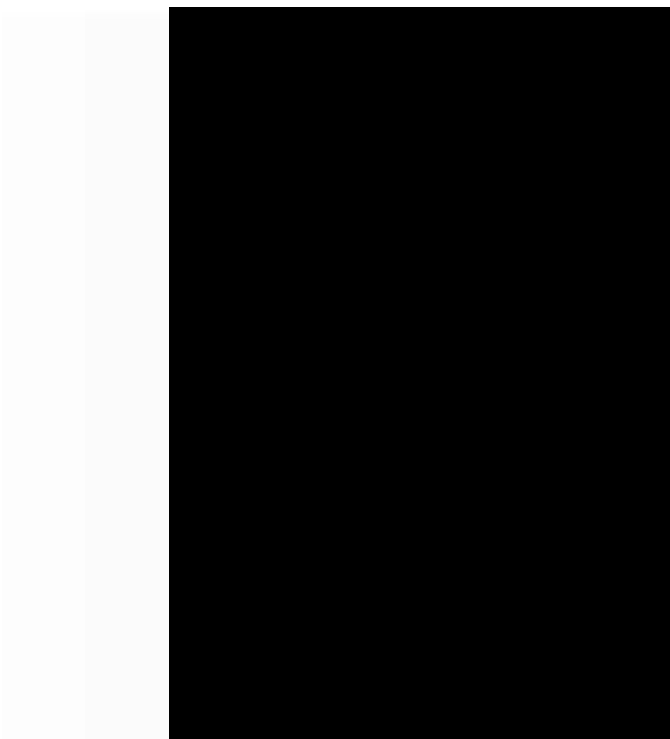
- En 1921 llevó a cabo un estudio sobre la situación de los trabajadores indígenas
- En 1926 el Consejo de Administración de la OIT conformó un Comisión de Expertos para proponer normativa de protección de los trabajadores indígenas. De allí surgieron:
 - El Convenio sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (N° 50 de 1936)
 - El Convenio sobre contratos de trabajadores indígenas (N° 64 de 1939)
 - El Convenio sobre sanciones penales a los trabajadores indígenas (N° 65 de 1939)
 - Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86)
 - Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955 (núm. 104)

Convenio Nº 107 sobre Protección e Integración de Poblaciones Indígenas (1957)

- OIT designa en 1945 un Comité de Expertos para elaborar un convenio global específicamente referido a los indígenas
- Aprobado en 1957 por la Conferencia general de la OIT (ratificado por 27 Estados)
- Se refiere a “poblaciones” y no a “pueblos”
- Considerandos: “garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su **integración progresiva en sus respectivas colectividades** nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”
- Artículo 1. El presente Convenio se aplica:
 - a. “a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas **correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada** por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”;

Derecho a la tierra

- Artículo 11. 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.
- Artículo 12.1. **No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento**, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

- 
- Salvo en casos excepcionales especificados por la ley, se debería **restringir el arrendamiento directo o indirecto de las tierras** de propiedad de miembros de las poblaciones en cuestión a personas naturales o jurídicas ajenas al grupo interesado.
 -
 - Se debería **restringir la hipoteca de tierras de propiedad** de miembros de las poblaciones en cuestión en favor de personas naturales o jurídicas ajenas a esas poblaciones.

Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

- Aprobado por la Conferencia General de la OIT en 1989
- Entra en vigencia en 1991
- Ha sido ratificado por 20 Estados, 13 de América Latina

Derechos que considera

- Derechos de participación y autonomía
- Derechos territoriales
- Derechos contratación y condiciones de empleo
- Salud y seguridad social
- Educación y medios de comunicación
- Contactos a través de las fronteras

Derechos territoriales (Arts. 13-19)

■ Importancia especial relación con t.y t (artículo 13)

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

■ Derecho al territorio (13.2)

La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

■ Derecho a la propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupen (14)

1. 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.**

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para **determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva** de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán **instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras** formuladas por los pueblos interesados.

- **Derecho sobre los recursos naturales (15. 1)**

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el **derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.**

- **Derecho a recursos del subsuelo (15.2)**

2. **En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.**

Los pueblos interesados deberán **participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño** que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

- **Derecho a no ser trasladados sino con su consentimiento, a ser indemnizados y poder retornar (art. 16)**

1. Los pueblos interesados **no deberán ser trasladados** de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, **sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.**

Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, **el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados** establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener **el derecho de regresar a sus tierras tradicionales** en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación.

Derecho a las modalidades tradicionales de transmisión

Artículo 17

1. Deberán **respetarse las modalidades de transmisión de los derechos** sobre la tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. **Deberá consultarse a los pueblos interesados** siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. **Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres** de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

México, 2009-2010

- Reclamación del **pueblo wixarika (huichol)** de San Andrés Cohamiata hizo ante la OIT (2000), a través del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE para reunificación territorial de San Andrés Cohamiata, **pidiendo que les fueran devueltas 22.000 hectáreas que tenían en propiedad pero que, según los reclamantes, el Gobierno Federal concedió ilegalmente a núcleos agrarios mestizos en el decenio de 1960.** El caso ha sido analizado por más de una década por diversas instancias en la OIT, incluyendo la CEACR y la CANC.
- Tras 9 años de recomendaciones no atendidas por México, el 2009 insta al gobierno **a desplegar todos sus esfuerzos para garantizar la aplicación del artículo 14** del Convenio 169, inclusive por la vía de la negociación.
- Solicita además al gobierno la **realización de consultas con los pueblos indígenas para ver las formas de adecuar los procedimientos legales relativos a la tierra al artículo 14 del Convenio**, y le solicita proporcione información adicional al respecto en su próximo informe periódico.

- “Si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido.
- La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero **subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio.** El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado”. (CEACR, 2009)

México, 2010.

- El *artículo 14* del Convenio núm. 169 establece que la «ocupación tradicional» es, en sí misma, fuente de derechos. Esto significa que si no se posibilita la resolución de reivindicaciones de tierras demostrando la ocupación tradicional, se podrían vulnerar los derechos a la tierra de los pueblos indígenas.
- En particular, esto implica que los procedimientos a los que se refiere el *artículo 14, apartado 3*, del Convenio núm. 169 sólo podrán considerarse «apropiados» si permiten a los pueblos indígenas hacer valer la ocupación tradicional como fuente de sus derechos a la tierra y así solucionar las reivindicaciones de tierras. (CEACR, 2010)

Perú, 2009

- Por comunicación de fecha 17 de julio de 1997, la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), presentó una reclamación a la Oficina Internacional del Trabajo, en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT en que se alega que la ley núm. 26845 de 26 de julio de 1997 viola el Convenio así como las normas que le dan sustento a éste como es la Constitución Política, la ley núm. 24656 (ley general de las comunidades campesinas), la ley núm. 24657 o de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas y otras disposiciones dadas en armonía con el Convenio.
- Igualmente consideran en violación del Convenio la ley de tierras núm. 26505 de 19 de julio de 1995 y su reglamento.

- El Comité :
- b) recuerda al Gobierno 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, y en particular los aspectos colectivos de esa relación, y que, muchas veces, cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o a terceros se debilita el ejercicio de los derechos de la comunidad o de los pueblos indígenas y, por lo general, pueden acabar perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando tienen sus tierras en comunidad;

Perú, 2010

- Observaciones formuladas por la CGTP (Confederación General de Trabajadores del Perú) en su comunicación de 2009 acerca del decreto legislativo núm. 994 «que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola».
- La Comisión nota que, según el artículo 3 del decreto, son de propiedad del Estado todas las tierras eriazas con aptitud agrícola, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal inscrito en los registros públicos.

- La Comisión nota con preocupación que dicha disposición no tutela los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales en los casos en que carecen de un título formal de propiedad.
- La Comisión recuerda **que en virtud del Convenio la ocupación tradicional confiere derecho a la tierra independientemente de que tal derecho se hubiera reconocido o no** y que, en consecuencia, el artículo 14 del Convenio protege no sólo a las tierras sobre las cuales los pueblos interesados ya tienen título de propiedad sino también a las tierras que tradicionalmente ocupan.

Guatemala 2005

- Reclamación de la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), invocando el artículo 24.
- Las alegaciones se refieren a la **falta de consulta previa con los pueblos interesados, respecto del otorgamiento de la licencia de exploración minera para el níquel y otros minerales**, LEXR-902 de 13 de diciembre de 2004, a la empresa de Exploraciones y Explotaciones Mineras Izábal S.A. (EXMIBAL) para iniciar actividades de exploración minera en territorio del pueblo indígena Maya Q'eqchi.
- También a la **situación jurídica de las tierras ya que dentro del área de concesión minera hay procesos de titulación de tierras indígenas** desde 1998. Parece incoherente que, por un lado el Gobierno le venda a los comunitarios las tierras y por otro, las dé en concesión a las empresas mineras.

- El Comité considera que el Gobierno debería **desplegar esfuerzos para acelerar los procesos de regularización de las tierras que las comunidades indígenas ocupan tradicionalmente y asegurándose no sólo de garantizar sus derechos individuales sino también sus derechos colectivos** y los diferentes aspectos de su relación con la tierra.
- En efecto, **los derechos sobre las tierras ocupadas tradicionalmente y reconocidos por el Convenio no tienden solamente a preservar la propiedad y posesión sino también la propia sobrevivencia de los pueblos indígenas** como tales y su continuidad histórica.
- A modo de conclusión de este punto el Comité solicita al Gobierno que acelere el proceso de regularización de las tierras de las comunidades indígenas en los términos del artículo 14 del Convenio y que, en tanto, adopte medidas transitorias para proteger los derechos sobre las tierras de los pueblos interesados.

Colombia, 2007

- La Comisión toma nota de las medidas adoptadas por el Gobierno para **delimitar o deslindar territorios colectivos de las comunidades** de Jiguamiandó y Curbaradó, propendiendo especialmente a la recuperación de las tierras indebidamente ocupadas, por medio de la revisión de títulos o derechos otorgados ilegalmente.
- En particular, toma nota que el Consejo de Estado determinó la validez de los títulos otorgados por el INCORA inscriptos en las Oficinas de Registros de Instrumentos Públicos «con anterioridad a la fecha de vencimiento del plazo de fijación en lista de la solicitud de titulación colectiva a favor de las comunidades negras».

- La Comisión recuerda que **el Convenio protege no sólo a las tierras sobre las cuales los pueblos interesados ya tienen título de propiedad sino también a las tierras que tradicionalmente ocupan**, y que, en virtud del Convenio, los Gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14, párrafo 2).
- En este sentido, las disposiciones que tratan de la cuestión de las tierras en el Convenio, y más concretamente los artículos 13 y 14, deben ser interpretadas en el contexto de la política general expresada en el artículo 2, párrafo 1, según el cual los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
- Dichas disposiciones **además deben articularse en la práctica con la implementación de los procesos de consulta con los pueblos interesados del artículo 6.**

Costa Rica, 2010

- La Comisión toma nota, además, de que según datos de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) transmitidos por el Gobierno la totalidad de territorios indígenas costarricenses es de 334.447 hectáreas y que de éstas un 38 por ciento aún se encuentra en manos no indígenas. La Comisión toma nota de informaciones sobre tierras que han sido compradas por el Instituto de Desarrollo Agrario para restituirlas a los pueblos indígenas.
- Teniendo en cuenta que actualmente los indígenas disponen del 62 por ciento de sus tierras, la Comisión solicita al Gobierno que, en su próxima memoria, **proporcione informaciones sobre el aumento del porcentaje de tierras indígenas resultante de nuevas iniciativas de reivindicación, para poder medir la evolución de la recuperación de tierras ocupadas tradicionalmente.**

Desarrollo jurisprudencial por instancias constitucionales y/o judiciales de los Estados que han ratificado 169

- **Argentina**
- **Caso:** "Comunidad Indígena Hoktek T'Oí Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación", 8 de septiembre de 2003, por la autorización extendida por la Provincia de Salta a sujetos privados para talar madera.
- **La Corte de Justicia provincial y la Corte Suprema de Justicia acogen el reclamo por vulneración de sus derechos sobre la tierra ancestral.**
- **La Corte provincial y la Corte Suprema subrayan que la Constitución y el Convenio 169 reconocen el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, y a la participación en la toma de decisiones relativas a los recursos naturales situados en esas tierras.**

- El fallo **reconoce el derecho de participación de la comunidad en los estudios ambientales y su impacto** en sentido amplio así como en la protección del medio ambiente enunciados en el artículo 7, incisos 3 y 4 del Convenio 169.

Argentina

- **Caso:** "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/desalojo" (expte. 14012-238-99), 12 de agosto de 2004. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.
- El tribunal consideró la **posesión de tierras ancestrales por miembros de la comunidad indígena como título suficiente para impedir el desalojo** por parte de quienes alegan tener título de propiedad sobre la finca.
- El tribunal utiliza la **autoidentificación** como criterio para acreditar la pertenencia a la comunidad indígena de los demandados.

- Considera también que el **derecho de las comunidades indígenas a la propiedad de sus tierras ancestrales surge de normas constitucionales y del Convenio 169**, y que el reconocimiento de ese derecho constituye una forma de reparación histórica por el tratamiento sufrido por los pueblos indígenas en el pasado.
- El fallo señala también que la **propiedad comunitaria de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas constituye un nuevo tipo de propiedad, regida en gran medida por el derecho público**, y que por ende es necesario adaptar algunas nociones del derecho privado para aplicarla

Bolivia

- **Caso: Sentencia constitucional 106/2003**, Expediente 2003-07132-14-RDN, de 10 de noviembre de 2003 frente a recurso de nulidad presentado por el propietario de un predio rural contra el Instituto Nacional de la Reforma Agraria (INRA) boliviano.
- El recurrente pide la nulidad de una resolución administrativa del INRA, que inmovilizó parte de su predio como resultado de un proceso de saneamiento de tierras comunitarias.
- El proceso de saneamiento derivó de una solicitud de reconocimiento y titulación de tierras comunitarias presentada por **cuatro comunidades indígenas (Chacobo-Parahuara, Yaminagua-Michineri, Cavineño y Esse-Ejja-Tacana-Cavineño)**.

- **El Tribunal Constitucional no da a lugar el recurso.** De hacerlo, señala, se lesionaría el derecho de las comunidades indígenas que reclaman el reconocimiento y titulación de su tierra.
- **Por ello, decide declarar infundado el recurso de nulidad invocando la Constitución y el Convenio 169 (artículo 14).**
- El Tribunal Constitucional da la razón a la representación estatal, señalando que decidir en otro sentido vulneraría los derechos de las comunidades indígenas a la tierra.

Colombia

- Corte Constitucional. Sentencia T-652/98, de 10 de noviembre de 1998 (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz)
- La Corte Constitucional decide aquí sobre varias tutelas (amparos) acumuladas, que versan acerca de los **efectos de la construcción y puesta en funcionamiento de una represa sobre la subsistencia, el modo de vida y el territorio del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.**
- El tribunal decidió **revocar las decisiones de instancias anteriores y tutelar los derechos a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo indígena.** Sobre los agravios particulares, la Corte resolvió lo siguiente:

- ⦿ -ordenó a las autoridades gubernamentales unificar el resguardo (reserva) del pueblo Embera-Katío, por considerar que su división es artificial y atenta contra la unidad e identidad del pueblo indígena y los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y territorio (art.14 y 15)
- ⦿ -ordenó a las autoridades gubernamentales concertar el régimen especial correspondiente a la zona en la que los resguardos indígenas se superponen con un parque natural, por considerar que, dada la inundación de sus tierras cultivables, era necesario establecer excepciones especiales en favor del pueblo indígena al régimen que prohíbe cultivar en las reservas naturales.
- ⦿ -consideró violado el derecho del pueblo indígena a ser consultado sobre la realización de la obra y –dado el comienzo de las obras pese a la falta de consulta– ordenó a la empresa indemnizar a la comunidad y a sus miembros en una cuantía que garantice al menos su supervivencia. Respecto de la ejecución final de la obra, el tribunal ordenó realizar una consulta acorde con las bases que fija la sentencia – inspiradas en el Convenio 169 de la OIT–, y la suspensión del llenado del embalse hasta tanto no se cumpla con la consulta.

Costa Rica

- **Tribunal:** Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO, sentencia de 8 de septiembre de 2000
- Se trata de un recurso de amparo iniciado por asociaciones de desarrollo de comunidades indígenas y otros litigantes, **contra la adjudicación de una concesión de exploración y explotación de hidrocarburos a una empresa privada por parte del poder Ejecutivo** por medio del Ministerio de Ambiente y Energía.
- Fundan su impugnación en el incumplimiento de requisitos de carácter procedimental y **de exigencias de participación previa, entre ellas, la falta de consulta a las comunidades indígenas a cuyos territorios afecta la concesión.** Entre las normas violadas, identifican el Convenio 169 de la OIT.

- El tribunal considera **que las autoridades incumplieron con el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas, tal cual es establecido por el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT.** La Sala Constitucional tiene por probado que el Ministerio respectivo omitió la convocatoria a consulta, que resultaba obligatoria, y que el acto no quedó saneado por la publicidad del proceso de licitación en la prensa. En consecuencia, **hace lugar al amparo y declara anulado el acto de adjudicación.**

Desarrollo jurisprudencial por Estados que no han ratificado 169

- Sentencia dictada por la Corte Suprema de Belice en caso "Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros v. Procurador General de Belice y otros" (2007)
- **Acción iniciada por comunidades mayas del sur de Belice, destinadas al reconocimiento de su derecho consuetudinario de propiedad sobre sus tierras, basado sobre la ocupación y el uso tradicional de la tierra por parte de los pueblos mayas.** Los reclamantes fundan su demanda en disposiciones de la Constitución de Belice, el derecho consuetudinario maya, el derecho internacional de los derechos humanos (entre ellos, el Convenio 169 de la OIT) y el *common law*.
- .

- La corte acoge demanda al disponer que “aunque Belice todavía no ha ratificado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 de la OIT) de 7 de junio de 1989, no hay duda de que el artículo 14 de ese instrumento contiene disposiciones sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas que reflejan los principios de derecho internacional relativos a los pueblos indígenas.”

Derecho de propiedad y los pueblos indígenas en el derecho internacional

- Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- Sistema de la ONU

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)**

Artículo XXIII. Toda persona tiene **derecho a la propiedad privada** correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

- **Convención Americana de Derechos Humanos 1969)**

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

-

JURISPRUDENCIA DEL SIDH

- Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31 de agosto de 2001 Serie C No. 79; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309; CASO PUEBLO INDÍGENA XUCURU Y SUS MIEMBROS VS. BRASIL, SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie CN° 346. Caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina, Sentencia de 6 de Febrero de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie CN° 400.

Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- **Derechos de propiedad colectiva sobre las tierras de ocupación tradicional** (Corte IDH, *Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001)
- **Derechos de propiedad a los recursos naturales que se encuentran en sus tierras de ocupación tradicional** (Corte IDH *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005; *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, 2006)
- **Tratándose de los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios indígenas, los Estados tienen la obligación de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.** (Corte IDH *Saramaka vs Surinam* , 2008)
- **Los pueblos indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia, entendiendo esta participación como una forma de indemnización que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales.** (Ibid)

- *“El Artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del Artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas”.*
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 148, y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 85. Además, Comisión Interamericana, Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 145.

Imprescriptibilidad

- Obligación de asegurar el goce efectivo de la propiedad.
- La Corte IDH ha constatado que la normatividad de varios países de la región Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, incluye de alguna forma que los territorios indígenas son, entre otros, inalienables e imprescriptibles.” Corte IDH, caso de los pueblos indígenas Kuna de Mandungandi y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panama, 2014, párr. 142

○ **Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo** (Corte IDH, *Sarayaku vs. Ecuador*, 2012)

○ no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como **“un verdadero instrumento de participación”, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso»** (Ibid);

○ **Los estudios de evaluación de impacto ambiental deben realizarse por entidades independientes** y con fiscalización adecuada del Estado, con la participación de los pueblos involucrados, y **tomando en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades previstas tendrán en los pueblos indígenas** (Ibid)

Avances del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a partir de los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso N° 12.094, Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat con Argentina

- En primer lugar, la Corte IDH determina que el Estado tiene el deber de dar "certeza geográfica" a la propiedad comunitaria. Dicha obligación incluye los deberes de delimitar, demarcar y titular el territorio indígena.
- El estándar internacional ha determinado que normalmente el proceso de delimitación, demarcación y titulación son obligaciones secuenciales, precisamente porque están destinados a proveer de certeza jurídica a la propiedad colectiva indígena.
- En esta sentencia la Corte IDH consolida su jurisprudencia respecto a las obligaciones estatales en materia de propiedad indígena, en los siguientes términos:
- "a.- deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades; b.- abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio"; y c.- a su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales, así como de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros".
- Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina, párr. 96 y 98. En esta misma línea, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 153.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006, párr. 34.

La titulación

- Es importante resaltar que la jurisprudencia interamericana admite modalidades de titulación distintas al título de propiedad formal, de modo que puedan "[...] reconocerse las formas y modalidades diversas y específicas de control, propiedad, uso y goce de los territorios por parte de las comunidades, sin interferencia de terceros (supra párr. 98)". Es así como la sentencia que analizamos reconoce la propiedad comunitaria por medio de un título único "[...] para el conjunto de todas las comunidades indígenas víctimas y relativo a todo el territorio, sin subdivisiones ni fragmentaciones, lo que [...] no obsta a los acuerdos que pudieran tener las comunidades víctimas entre sí sobre el uso de su territorio común", donde es viable considerar formas de tenencia de la tierra de la más variada índole, acordes a los usos y costumbres. *Ibidem*.
- *Ib.*, párr. 327 numeral 1.

El saneamiento

- El fallo se hace cargo de la situación de los ocupantes no indígenas (criollos) en el territorio. Si bien éstos no son parte de la controversia, la situación de los criollos en cuanto grupo vulnerable y sus planteamientos para la efectiva solución de las medidas propuestas para el saneamiento del territorio indígena, fueron considerados como relevantes por la Corte IDH.
- Bajo el epígrafe "B.2.2.4.1 El diálogo con la población criolla", la Corte IDH se pronuncia sobre los deberes que tiene el Estado respecto de las familias criollas. Es interesante resaltar que la Corte IDH funda su resolución sobre estas materias en las consideraciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales (en adelante "Declaración sobre campesinos"), en base a la cuál es necesario asumir la condición de vulnerabilidad de este sector de la población y las dificultades que tienen para ejercer sus derechos humanos, acceder a la justicia y a la tierra que es determinante para su modo de vida.
- La obligación impuesta al Estado para garantizar los derechos de la población criolla se traducen en efectuar el traslado y reubicación de éstos observando sus derechos de la población criolla en los términos establecidos en el párr. 329 d).
- "[...] posibilitarse de modo efectivo el reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial (inclusive implantación de pasturas y acceso a agua para producción y consumo suficientes, así como instalación de alambrados necesarios) y, en su caso, asistencia técnica y capacitación para la realización de actividades productivas."
- Ib., párr. 36, 44 y 45.
- Ib., párrafos 134 y ss.
- Ib., párr. 329 d).
- ONU. Asamblea General. Resolución A/RES/73/165, aprobada el 17 de diciembre de 2018. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales.

El derecho al medio ambiente sano, la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural

- Este es el primer caso contencioso en que la Corte IDH se pronuncia sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, aplicando el artículo 26 de la Convención.
- Haciendo un análisis sistemático entre la Convención y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA), reconoce que el derecho al medio ambiente sano se entiende incluido en el artículo 26 de la Convención y que dimana de la obligación de los Estados de alcanzar el "desarrollo integral" de sus pueblos, conforme lo establecen los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA.
- Ib., párr. 201.
- Ib., párr. 202.

Contenido del derecho al medio ambiente

- Precisando el alcance y contenido sustantivo del derecho al medio ambiente, el fallo se remite a su Opinión Consultiva OC-23/17, relevando que se trata de un derecho autónomo que protege los componentes del ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros. Protege la naturaleza y sus componentes, como intereses/bienes jurídicos en sí mismos, aun cuando no se tenga certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas. Se trata de proteger la naturaleza y su utilidad respecto de todos los organismos vivos del planeta, no solo respecto de los seres humanos. La Corte IDH precisa que, no obstante que el derecho al medio ambiente es un derecho autónomo, es incuestionable que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales y, de igual modo, deben ser salvaguardados.

• It., párr. 202

Obligaciones del Estado

- El Estado tiene respecto a este derecho la obligación de respeto y, asimismo, la obligación de garantía de modo tal que prevenga vulneraciones de terceros. Se consigna que esta obligación de prevenir daños ambientales, forma parte del derecho internacional consuetudinario. Se establece que los estándares exigibles al Estado para la aplicación del principio de prevención, frente a actividades potencialmente dañosa al medio ambiente, son: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental .
- La debida diligencia supone hacerse cargo de la circunstancia que las problemáticas ambientales pueden afectar de modo diferenciado a pueblos, grupos y personas en condición de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas, quienes dependen para su economía y supervivencia de la integridad de los recursos ambientales que configuran su hábitat .

El derecho a la alimentación adecuada y al agua

- Sobre el contenido del derecho a la alimentación la Corte IDH se sustenta en la Observación General 12, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el que señaló que el "contenido básico" del derecho a la alimentación comprende "[l]a disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada", y "[l]a accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos".
- El fallo releva los componentes culturales del derecho y su incidencia en la conceptualización de los estándares de "adecuación" y "seguridad alimentaria" que son propios del derecho.
- En el mismo sentido, la Corte IDH se pronunció sobre el derecho al agua y fijó sus contenidos normativos acorde a lo establecido por el Comité DESC en la Observación General N° 15.
- Ib., párr. 218.
- Ib., párr. 220 y 221.
- Ib., párr. 226 - 230.
- Comité DESC. Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La interrelación de los derechos y su vinculación con la identidad cultural

- En nuestra opinión, y a modo de conclusión, lo más novedoso de esta jurisprudencia es el análisis sistemático que la Corte IDH realiza de los derechos mencionados en este acápite y su interdependencia, dimensionando la forma en que estos derechos (al agua, a la alimentación y a participar en la vida cultural), son particularmente vulnerables a las afectaciones ambientales. De la misma forma, cabe connotar la sentencia en cuanto integra al análisis la necesaria relación entre identidad cultural y desarrollo integral de los pueblos, comunidades y grupos sociales del continente, conforme al marco normativo que provee la Carta OEA
- Véase, epígrafe B.1.2 Interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural y especificidades en relación con pueblos indígenas.
- Ib., párr. 231.

El derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el Sistema de la ONU

- La interpretación de los órganos de tratado de la ONU
- La Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas
- El Relator Especial de la ONU sobre derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas

Comité de Derechos Humanos ONU

- ◎ Observación General 23 Comité de DH, derecho de las minorías, 1993.

En relación al ejercicio de los derechos culturales protegidos en el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta en muchas formas, incluyendo la particular forma de vida asociada con el uso de la tierra y los recursos, en especial en el caso de los pueblos indígenas.

Ese derecho puede incluir actividades tradicionales como la pesca y la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley.

El ejercicio de este derecho puede requerir acciones legales positivas para la protección, así como medidas para asegurar la efectiva participación de los miembros de comunidades de una minoría en las decisiones que les afectan.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ONU

- Recomendación General Comité CERD 1997 relativa a pueblos indígenas pide a Estados:
 - Reconozcan y respeten culturas indígenas
 - Garanticen protección contra discriminación
 - Proporcionar condiciones para desarrollo económico social
 - Participación efectiva en la vida pública
 - **Reconozcan derechos sobre sus tierras y territorios**

CERD; Nueva Zelanda 2005

- Frente a petición urgente del pueblo maorí de Nueva Zelanda por la incompatibilidad de la Ley de la zona costera y de los fondos marinos, de 2004, con las disposiciones de la Convención para la EDR:
- El Comité dispuso que la ley en cuestión contenía aspectos discriminatorios para los maorí, **en particular al anular la posibilidad de que establecieran sus títulos de propiedad consuetudinarios sobre la zona costera**, y al no garantizar el derecho de reparación, pese a las obligaciones del Estado parte derivadas de los artículos 5 y 6 de la Convención

CERD Informe Chile 2010

- 21. El Comité toma nota de las medidas tomadas por el Estado parte para traspasar las tierras ancestrales a los pueblos indígenas. Sin embargo, le preocupa la lentitud en la demarcación de las tierras, y la inexistencia de un mecanismo específico para el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la tierra y a sus recursos naturales (Artículo 5 (d) (v)).
- El Comité recomienda al Estado parte **que tome las medidas necesarias para acelerar el proceso de restitución de las tierras ancestrales a los pueblos indígenas y que establezca un mecanismo específico para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales**, de acuerdo con la Convención y demás normas internacionales relevantes.

- 22. El Comité exhorta al Estado parte **a consultar de manera efectiva a los pueblos indígenas en todos los proyectos relacionados con sus tierras ancestrales y, a que obtenga su consentimiento informado antes de la ejecución** de los proyectos de extracción de recursos naturales de conformidad con los estándares internacionales. El Comité señala a la atención del Estado parte su Observación General No.23 (1997) sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Declaración de la Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

- Dispone que los indígenas, como colectivos (pueblos) y como personas, tienen el derecho al disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la normativa internacional de derechos humanos (Artículo 1) sin discriminación alguna (Artículo 2)
- **Los derechos de carácter político, incluyendo entre ellos la libre determinación** (*"Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural."* (Artículo 3))
- **El derecho a la autonomía** (*"Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas."* (Artículo 4))

- el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su **consentimiento libre, previo e informado** cuando los Estados adopten decisiones que les afectan. Ello, en entre otras decisiones, las que tienen que ver con:
 - su traslado desde sus tierras y territorios (Artículo 10)
 - aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (Artículo 19),
 - y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con *"...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo."* (Artículo 32.2).

Derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales

- Incluyen el derecho de pueblos indígenas a:
- a *“...mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma...”* (Artículo 26.1)
- *“...a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.”* (Artículo 26.2).
- **a la reparación, incluyendo en ella la restitución**, y cuando ello no sea posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido *“confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo ,e informado”* (Artículo 28)

- 55. En el caso de proyectos ya operativos de inversión industrial y de extracción de recursos naturales, **se deben aplicar procesos de consulta con respecto a sus impactos en los derechos, tierras y territorios de comunidades indígenas y tomar todas las medidas de mitigación de impactos, reparación y justa compensación a las comunidades indígenas afectadas.**

Aplicación en Chile

- Examen del Tribunal Constitucional
- Normativa dictada (DS 124 de 2009; DS 66; y, DS 40)
- Aplicación por los tribunales de justicia
- Política pública
 - 1994-2017

Examen del Tribunal Constitucional

- ◎ El Tribunal Constitucional en julio del 2000 (Sentencia Rol 309) declaró el 169 constitucional. Sin embargo observó:
 - > El art. 9.1. (establece respeto a métodos de pueblos indígenas para la represión de delitos cometidos por sus miembros) es incompatible con sistema constitucional chileno y por ello no puede tener aplicación ya que para ello requiere según el Convenio que sea compatible con el sistema jurídico nacional;
 - > El art. 9.2. (los tribunales penales deben tener en cuenta la costumbre de los pueblos indígenas) no contraviene la Constitución ya que es facultativo;

- **En relación al art. 14** (derechos de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente ocupan) dispuso que el Convenio:
 - no se ejecuta por sí mismo, sino invita al Estado a ponerlas en ejecución
 - ello que implica procedimientos conforme al sistema jurídico nacional, de acuerdo al cual no se da cabida a la expropiación para estos efectos, y no vulnera el art. 19 N 24 de la CP;

- **Que el art. 15** (derechos sobre recursos subsuelo):
 - no compromete las bases del régimen de concesiones mineras,
 - ni afecta derechos de los concesionarios, al ser programático
 - que la participación considerada en el inc. 2 debe entenderse en el marco del art.1 de la CPE que establece el deber del Estado de "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"
 - Que la participación en los beneficios y a percibir indemnización por daño debe entenderse como esencialmente programática
 - Que la CPE no impide se impongan limitaciones a la propiedad cuando ellas están establecidas en la ley.

Sentencia TC 2008

- Tribunal Constitucional dispuso con fecha 3 de abril de 2008 (Sentencia Rol 1050) en el control de constitucionalidad en relación a los artículos 6.1.a y 6.2(derecho a la consulta cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente) y al artículo 7 N 1. (derecho de participación en planes y programas en planes y programas susceptibles de afectarles directamente) que:
 - > La consulta a los pueblos indígenas **no podrá entenderse que implique el ejercicio de soberanía pues esta reside en la Nación y se ejerce por el pueblo a través de plebiscito y elecciones;**
 - > Que la participación consultiva **no podría adoptar la modalidad de un plebiscito o consulta popular vinculante.**
 - > Que la consulta **no importa una negociación obligatoria, sino una forma de recabar opinión no vinculante**
 - > Que el derecho a participación de los pueblos indígenas en el 7 N1 del **169 no es vinculante**, puesto a que es incompatible con las formas de participación previstas en la Constitución política

Incorporación en el ordenamiento jurídico interno chileno

- Art. 5 inc. 2. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. **Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.**
- Art. 54 N° 1 inciso 5° (2005). Las **disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.**

- **El 5 inc. 2 Constitucional ha sido interpretado de diversas maneras**
- **TC estimo el 2002 (Sentencia Rol 346)** determinó que los tratados internacionales, si bien detentaban una jerarquía superior a la de la ley común, no por ello dejaban de ser de inferior rango que la Constitución
- **A partir de la reforma de 2005** queda clarificada la discusión acerca del “rango jerárquico” de los tratados internacionales, en el sentido de que especifica que no pueden invocarse normas de la Constitución, para dejar de aplicar un tratado internacional.
- Ello se ve reforzado ya que Chile, en virtud del Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados está obligado a respetar los tratados internacionales de derechos humanos
(Art. 27: **El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.**)

- Hay reiterada jurisprudencia reiterada de la CS que considera tratados de DHs como de jerarquía constitucional
- No se trata de todo el tratado, sino de aquellas normas que consagran derechos humanos.
- Esta norma permite que la infracción de un tratado no solo de lugar a la responsabilidad del Estado ante las instancias internacionales, sino también a que puede ser hecha valer internamente mediante recursos establecidos por el ordenamiento jurídico chileno.

Jurisprudencia

- En sept. 2009 la Corte Ap. Temuco acogió el **recurso de protección de la machi Francisca Linconao** de la comuna de padre las Casas en contra de la **Forestal Palermo** por el corte ilegal de arboles nativos existentes en una propiedad vecina a un *menoko*, o humedal, sitio de carácter sagrado para los mapuche.

- Al acoger el recurso y **ordenar al particular abstenerse de cortar árboles nativos a menos de 400 metros del sector**, la Corte fundamentó su fallo en la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas.

- **Fundamenta:**
 - > El concepto tierras deberá incluir el de territorios, esto es la totalidad del hábitat (13.2 169)
 - > Derecho a no ser discriminado en actividad de salud que desarrolla machi (art. 1 y 2 CERD)

- El fallo fue ratificado en noviembre por la Corte Suprema.

- En Nov. 2009 la Corte Suprema falló a favor de la comunidad aymara **Chusmiza – Usmagama**, reiterando una jurisprudencia anterior en el sentido que el artículo 19 N° 24, de la Constitución Política reconoce como garantía fundamental “tanto los derechos de agua constituidos por acto de autoridad y también el proveniente del uso consuetudinario”.

- La jurisprudencia reconoce, en base a la ley 19.253 y al 169 el deber del Estado de garantizar la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de propiedad ancestral de dichas comunidades, “con lo cual el Estado de Chile reconoce los derechos indígenas sobre las tierras y sus recursos, lo que constituye un reconocimiento al derecho consuetudinario de estas etnias aborígenes, validando la propiedad indígena sobre dichos bienes.

El **diputado Baltolu** estimó necesario mejorar las condiciones de vida de quienes pertenecen al Pueblo Mapuche, para evitar que tengan que recurrir a la venta de las tierras, además de estimar que deben asumir la responsabilidad por los actos que eligen realizar. En tal sentido, consideró necesario evaluar alternativas de apoyo que resulten equilibradas.

El **diputado Schalper** consideró que el punto central en esta discusión está en determinar si se trata de una prescripción extintiva o adquisitiva, requiriendo más desarrollo en este sentido. Sobre el fondo del proyecto, estimó que generaría una posesión irregular del predio, generando otras complejidades asociadas, lo que también debe ser discutido. Asimismo, se debe definir la certeza jurídica en el dominio. Por estas y otras razones, llamó a revisar con mayor detalle el impacto de la modificación legal planteada, sopesando todos los aspectos involucrados.

La **señora Yáñez** manifestó la importancia de entender que se trata de una cultura y cosmovisión distinta, siendo la perspectiva de la cultura indígena la que se debe aplicar en esta materia, recordando que los pueblos originarios priorizan la tierra por sobre intereses económicos emanados de la enajenación. En atención a lo anterior, se debe aprovechar esta oportunidad para incluir las distintas visiones en el tema, buscando la solución más adecuada posible.

El **señor Meza-Lopehandia** recordó que se trata de un submercado de tierras, ya que las limitaciones de enajenación y gravámenes se aplican respecto de terceros, aun cuando efectivamente sí existen problemas, en tanto se trata de comunidades muy pobres y que requieren de apoyo estatal (subsidios). Además, existe un fondo de desarrollo indígena que tiene por objeto suplir muchos de los problemas de acceso al financiamiento, sin perjuicio de las mejoras que aquí también se necesiten. Respecto a la posesión irregular, quedaría salvado esto expresamente en la ley que prohíbe la adquisición por prescripción; en cuanto al estatuto real o personal, se ha discutido sobre ambas interpretaciones planteadas en la Ley de Desarrollo Indígena, lo que ha sido incorporado en el documento presentado en esta sesión, como en otro ya enviado previamente, entendiendo además que la propia ley aclararía que se trata de prescripción adquisitiva; recordó que parte de la doctrina considera no aplicable supletoriamente el Código Civil, aspecto no exento de discrepancias; y la certeza jurídica, se generaría justamente al hacer prescribir la acción.

El **abogado y profesor titular de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC), señor Mario Correa Bascuñán**, agradeciendo la invitación, se refirió

a diversas disposiciones del Derecho Internacional que se refieren a los derechos de los Pueblos Originarios, entre los cuales destaca especialmente la importancia de la tierra en la cultura de éstos, debiendo por tanto los Estados respectivos velar por el debido cumplimiento de tales mandatos en la normativa nacional, lo que en nuestro país se regula mediante la Ley Indígena, N° 19.253.

Respecto al proyecto de ley en discusión, estimó importante velar por la igualdad en dignidad de los pueblos indígenas, lo que sería contradictorio con la limitación establecida en la ley N° 19.253, pues les trata casi como si fuesen incapaces relativos. Por ende, lo planteado en dicho proyecto sería aún más restrictivo, no estando a favor de esto, más aun entendiendo que la imprescriptibilidad ya existe en nuestro Derecho, además de la nulidad absoluta en los casos por dicha ley contemplados, restando aplicar la nueva fórmula sólo para casos de arrendamiento, observando un cierto abuso en el ejercicio de la nulidad absoluta. En consecuencia, sería inconveniente incorporar la nulidad de la forma en que el proyecto la establecería, pero incluso de aprobarse, no corresponde incluir dicha modificación en el Código Civil (norma general), sino que en la propia Ley Indígena.

El **diputado Venegas** observó en los propios artículos citados por el invitado la necesidad de proteger los derechos de los pueblos originarios sobre las tierras que les pertenecen, en sintonía con la ley N° 19.253, para efectos de impedir que las referidas tierras sean vendidas a quienes no forman parte de tal grupo. Manifestó entender la idea de que esta postura implicaría menoscabar la libertad en el uso, goce y disposición de las tierras, pero ello respondería a la intención de protegerlos ante las inequidades propias que han debido enfrentar las personas indígenas (por ejemplo, en lo educacional, económico, etcétera). En razón de lo anterior, consultó la opinión del invitado respecto a la limitación legal señalada; si la imprescriptibilidad ya estaría consagrada legalmente tal como se ha propuesto; y la norma en la que debería fijarse, en caso de su aprobación.

El **profesor Correa** explicó que la imprescriptibilidad ya existe en materia de enajenaciones, pues no se puede ganar ni perder por prescripción el dominio de tierras indígenas, de modo que sólo quedaría el uso y goce como objeto de aplicación de la norma propuesta, lo que podría incluso ser perjudicial para la propia comunidad indígena. Y efectivamente, de aprobarse, lo más lógico es que el cambio no se efectúe en el Código Civil, sino que en la propia Ley Indígena.

La **diputada Hertz** recordó las formas en que se ha vulnerado la limitación legal para transferir tierras indígenas (por ejemplo, en liquidaciones de

sociedad conyugal), siendo la necesidad de protección lo que inspira este proyecto, es decir, no por cuestionar la capacidad de las personas indígenas, sino para evitar abusos y aprovechamiento de terceros. Destacó la obligación de los Estados para fijar mecanismos eficaces de protección y resarcimiento de los pueblos indígenas respecto a sus tierras.

El **diputado Baltolu** preguntó si esta limitación en la enajenación, afectaría el desarrollo económico de los pueblos indígenas.

El **profesor Correa** señaló que debe distinguirse entre los casos de desposeimientos violentos y aquellos propios de la voluntad; coincidió con el diputado Baltolu, pues efectivamente esta limitación implicaría una condena a la pobreza, en tanto se les restringe la posibilidad de prosperar sin tener que dejar la tierra.

El **diputado Celis (don Andrés)**, preguntó si las tierras podrían ser regularizadas mediante esta ley, por ejemplo, en el caso de un matrimonio entre persona indígena y persona no indígena, tras la muerte de una parte, en relación con un dictamen de la CGR sobre este punto.

El **profesor Correa** explicó que en esos casos operan las normas de sucesión, pero efectivamente se generan complejidades con la ley vigente en esta materia, estando de acuerdo con el dictamen de la CGR.

El **diputado Venegas** consultó si lo importante es determinar que la tierra es de carácter indígena y ello impide vender, independientemente de la persona, pues en tal caso no se generarían problemas según la relación entre indígenas y no indígenas.

El **profesor Correa** estuvo de acuerdo, pero no es este el objetivo del proyecto analizado, lo que podría ser recomendable de llevar adelante mediante una nueva iniciativa legislativa.

La **diputada Nuyado (Presidenta)**, recordó las debilidades en la protección de las tierras indígenas (mencionando distintos casos ejemplificadores), lo que explica la relevancia del proyecto en discusión, esperando que los invitados expongan bajo dicha perspectiva.

El **diputado Schalper** discrepó de lo anterior, pues el invitado tiene la libertad de exponer conforme a lo que estime pertinente, sin perjuicio de que ello

sea discutible. Luego, consultó al profesor si al establecer esta modificación se generaría como efecto dejar al poseedor en carácter de irregular, aplicándosele el régimen prescriptivo general, además del lugar en que se debería incluir el cambio respectivo.

La **diputada Hertz** comentó lo señalado por el abogado Gabriel Osorio, en un caso donde un tribunal rechazó una demanda por aspectos formales vinculados con plazos, preguntando la opinión.

El **profesor Correa** señaló que la nulidad fijada en la ley es absoluta para los casos regulados en la ley; los títulos de transferencia ya están sujetos a las reglas generales de imprescriptibilidad, restando sólo el uso y goce; y reiteró la inconveniencia de esta imprescriptibilidad, ya que limitaría las opciones de trabajar la tierra, siendo tal vez más adecuado pedir previamente la autorización judicial, tal como ocurre con otros casos de incapaces.

El **diputado Baltolu** comentó la limitación con nacionales de países extranjeros que se aplica en el Norte del país, consultando si operaría lo mismo en este caso.

El **profesor Correa** señaló que, en dicho caso, la razón es de seguridad nacional. Y respecto a las situaciones generadas por liquidación de sociedad conyugal entre persona indígena y otra no indígena, es algo complejo que debe ser mayormente analizado.

El **abogado y profesor de Derecho de la Universidad Nacional Andrés Bello (UAB), señor Gabriel Osorio**, junto con agradecer la invitación, expuso sobre la actual regulación en materia de tierras indígenas contenido en la ley N° 19.253, entendiendo el deber del Estado de promover el cuidado y protección de la cultura indígena, lo que está estrechamente vinculado con la tierra. Por ende, las limitaciones a las tierras indígenas se establecen por el interés nacional comprometido, lo que obliga a no enfocar la discusión conforme a las normas del Derecho Civil o Privado tradicional, sino bajo una perspectiva de Derecho Público, en razón de las características particulares ya señaladas. Así entonces, este proyecto de ley permitiría resolver también un problema interpretativo que se ha dado hasta ahora, no observando mayores inconvenientes en su aprobación, ya que se trata de bienes sujetos a un régimen especial.

El **diputado Baltolu** preguntó la opinión respecto al mal uso de estas leyes especiales por parte de las comunidades indígenas y la especie de sanción

que supondría aplicar este tipo de restricciones en la disposición de las tierras, atendiendo el detrimento económico que supone.

El **abogado Osorio** precisó que las limitaciones para celebrar ciertos actos jurídicos en tierras indígenas, no deben comprenderse como una especie de sanción, sino que ello responde a razones históricas que dan cuenta de sucesivas vulneraciones a las comunidades jurídicas por parte del Estado, de modo que normas de este tipo deben evaluarse de acuerdo al contexto de la realidad indígena y sus particularidades, más aun recordando que no se trata de limitaciones absolutas, sino que respecto de quienes no pertenecen a la etnia indígena respectiva, por el impacto en la cultura de un grupo humano, excediendo la mera esfera privada. Por todo lo anterior, enfatizó la necesidad de discutir con una perspectiva amplia y comprensiva, que ha de velar por la protección de la cultura indígena integralmente, valorando los avances de la ley N° 19.253, pero entendiendo que aún presenta inconvenientes interpretativos que deben ser depurados.

La **diputada Hertz** compartió lo expuesto por el abogado Osorio, ya que se debe velar por la protección de los pueblos indígenas ante los abusos sistemáticos que han debido enfrentar, siendo el interés nacional el que se encuentra comprometido. Además, recordó el deber de los Estados para prevenir y resarcir los actos que impliquen desposeer las tierras indígenas, sea ello a la fuerza o mediante engaños y artilugios legales.

El **diputado Celis (don Andrés)**, preguntó si en Chile se cumple realmente con la ley N° 19.253.

El **abogado Gabriel Osorio** estimó que no se cumple en su totalidad, siendo este el motivo de los diversos problemas con los pueblos indígenas, lo que se agrava más aún por los diversos vacíos legales observados, derivando en interpretaciones complejas de parte de los propios tribunales de justicia, lo que, si bien ha cambiado, generó errores de gran perjuicio. Finalmente, destacó la importancia de que los propios Conservadores de Bienes Raíces efectúen mayores estudios para determinar si se trata o no de tierras indígenas.

III.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO

Puesto en votación general, el proyecto fue aprobado por mayoría de votos.

La iniciativa fue aprobada en general por mayoría de votos. Votaron a favor la diputada Nuyado, y los diputados Baltolu, Barrera (en reemplazo de la diputada Hertz), Crispi, Jiménez, Saldívar y Velásquez, don Esteban (en reemplazo de la diputada Jiles). Se abstuvieron los diputados Schalper y Urruticoechea (7-0-2).

IV.- DISCUSIÓN Y VOTACION EN PARTICULAR

Artículo único.- Modifíquese el artículo 1.683 del Código Civil, agregándose un inciso segundo y final que señala:

“La nulidad absoluta que se origina en el incumplimiento de las normas sobre protección de tierras indígenas establecidas en la Ley 19.253, será imprescriptible.”

El Código Civil, dispone en el artículo 1683 que “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.”

Indicaciones.

Indicación N° 1, de la diputada Nuyado, para sustituir el artículo único, por el siguiente:

“Artículo único.- Modifíquese el artículo 1.683 del Código Civil, agregándose un inciso segundo y final que señala:

“La nulidad absoluta que se origina en el incumplimiento de las normas sobre protección de tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253, será imprescriptible. La nulidad absoluta en estos casos la puede solicitar, además de los señalados en el inciso anterior, cualquier persona indígena fundada en el interés público inscrito en la protección de estas tierras. Además, se entenderá que tiene

un interés actual la comunidad indígena cuyas tierras se ven afectadas por el acto que se pretende anular.”.”

El **diputado Schalper** manifestó serias dudas respecto a incorporar el cambio en el Código Civil, pues lo lógico sería modificar la Ley Indígena, insistiendo en escuchar la opinión del Ejecutivo.

La **diputada Nuyado (Presidenta)**, discrepó de la opinión del diputado Schalper, considerando que se debería votar primero y, de estimarse necesario, escuchar posteriormente al Ejecutivo.

El **diputado Schalper** no estuvo de acuerdo, pues resultaría inoficioso.

La **diputada Hertz** solicitó continuar la votación, sin más dilaciones.

El **diputado Schalper** cuestionó que no se respete su solicitud, reiterando sus aprehensiones sobre la propuesta, ante las consecuencias que tendría en la práctica.

El **diputado Baltolu** apoyó tal crítica, pues se debería escuchar al Ejecutivo, aunque implique más tiempo, tal como se ha decidido en los otros proyectos previamente analizados.

Puesta en votación la indicación, fue aprobada por mayoría. Votaron a favor las diputadas Hertz y Nuyado, y los diputados Crispi, Garín (en reemplazo de la diputada Jiles), Jiménez, Saldívar y Venegas. Votaron en contra los diputados Celis (don Andrés), Schalper y Urriticoechea. Se abstuvo el diputado Baltolu. (7-3-1).

Indicación N° 2, de la diputada Nuyado, para agregar a continuación de la palabra “imprescriptible” y antes del punto final, la siguiente frase: “desde la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, y se entenderá que la comunidad indígena cuyas tierras son afectadas por dicho acto o contrato tiene un interés actual comprometido.”

Puesta en votación, la indicación fue aprobada por mayoría. Votaron a favor las diputadas Hertz, Nuyado y Santibáñez (en reemplazo de la diputada Jiles), y los diputados Crispi, Jiménez, Saldívar y Venegas. Votaron en contra los diputados Celis (don Andrés), Schalper y Urriticoechea. Se abstuvo el diputado Baltolu. (7-3-1).

Indicación N° 3, del diputado Schalper, para sustituir el artículo único del proyecto por el siguiente:

“Artículo único.- Modifícase el artículo 13 de la ley N° 19.253, en el siguiente sentido:

“Sustitúyese en el inciso cuarto el punto final por una coma (,) después de la frase nulidad absoluta y agréguese la siguiente frase: “la que tendrá carácter de imprescriptible.”.”

El **diputado Venegas** estimó que, más allá de la discusión respecto a que se debe modificar el Código Civil o la Ley Indígena, lo relevante es determinar si esta indicación sería compatible con lo ya aprobado, pues en tal caso no sería necesario votarla.

El **Abogado Secretario de la Comisión** estimó que efectivamente la indicación es contradictoria con lo ya aprobado.

El **diputado Schalper** discrepó de lo señalado anteriormente, ya que la misma norma podría estar en dos cuerpos legales, uno general y otro particular.

El **diputado Venegas** solicitó la opinión de la Secretaría.

El **Abogado Secretario de la Comisión** recordó que la idea matriz del proyecto es la protección de la propiedad indígena, planteando modificar el Código Civil y no la Ley Indígena, de modo que serían incompatibles. Sin embargo, es la Presidenta de la Comisión quien debe determinar la incompatibilidad.

La **diputada Nuyado (Presidenta)**, respaldó la opinión de la Secretaría, declarando dicha indicación incompatible y, por tanto, no sometiéndola a votación.

Indicación N° 4, de la diputada Jiles, para modificar el artículo 13 de la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, agregándose el siguiente inciso quinto, nuevo:

“La acción para solicitar la declaración de nulidad absoluta es imprescriptible; tampoco podrá sanearse por la ratificación de las partes; el juez debe declarar de oficio la nulidad absoluta aun cuando no aparezca de manifiesto en el acto o contrato, bastando tener a la vista informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena en donde se señale tener la calidad de tierra indígena el objeto del contrato. También podrá alegarse la nulidad absoluta por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y por todo el que tenga interés en ello, excepto el

que ha ejecutado el acto celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.”.

La **diputada Jiles retiró** dicha indicación.

Indicación N° 4, del diputado Schalper, para modificar el artículo 13 de la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en el siguiente sentido:

Agrégase el siguiente inciso quinto nuevo:

“La acción a la que se refiere el inciso anterior se podrá ejercer por un plazo de quince años contados desde que quede inscrita la enajenación o gravamen, siempre que la propiedad conste en el registro al que se refiere el artículo 15 y que se cumplan los demás requisitos legales.”.

La **diputada Nuyado (Presidenta)**, solicitó la opinión de la Secretaría respecto a la compatibilidad.

El **Abogado Secretario de la Comisión** estimó que también esta indicación sería incompatible, pues fija un plazo de 15 años, contraviniendo la imprescriptibilidad en los términos ya aprobados.

La **diputada Nuyado (Presidenta)**, respaldó la opinión de la Secretaría, declarando dicha indicación incompatible y, por tanto, no sometiéndola a votación.

Por las razones expuestas y por las que en su oportunidad dará a conocer el Diputado Informante, la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, recomienda aprobar el siguiente:

Proyecto de ley

“Artículo único.- Modifíquese el artículo 1.683 del Código Civil, agregándose un inciso segundo y final que señala:

“La nulidad absoluta que se origina en el incumplimiento de las normas sobre protección de tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253, será imprescriptible. La nulidad absoluta en estos casos la puede solicitar, además de los señalados en el inciso anterior, cualquier persona indígena fundada en el interés público inscrito en la protección de estas tierras. Además, se entenderá que tiene

un interés actual la comunidad indígena cuyas tierras se ven afectadas por el acto que se pretende anular.”.”

Desde la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se entenderá que la comunidad indígena cuyas tierras son afectadas por dicho acto o contrato tiene un interés actual comprometido.

=====

Tratado y acordado en sesiones celebradas los días 13 de marzo de 2019, 9 y 23 de septiembre y 7 y 14 de octubre de 2020, con la asistencia de las diputadas señoras Carmen Hertz Cádiz, Pamela Jiles Moreno, y Emilia Nuyado Ancapichún; y los diputados señores Nino Baltolu Rasera, Andrés Celis Montt, Miguel Crispi Serrano, Tucapel Jiménez Fuentes, Andrés Molina Magofke, Raúl Saldívar Auger, Diego Schalper Sepúlveda, Cristóbal Urruticoechea Ríos y Mario Venegas Cárdenas.

También asistieron a una de sus sesiones los diputados Esteban Velásquez Núñez, en reemplazo de la diputada Pamela Jiles Moreno; Boris Barrera Moreno, en reemplazo de la diputada Carmen Hertz Cádiz y Renato Garín González, en reemplazo de la diputada Pamela Jiles.

Sala de la Comisión, a 14 de octubre de 2020.


HERNAN ALMENDRAS CARRASCO
Abogado Secretario de la Comisión.