

INFORME DE LA COMISIÓN DE AGRICULTURA, SILVICULTURA Y DESARROLLO RURAL ACERCA DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 19.253, SOBRE PROTECCIÓN, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS INDÍGENAS, CON LA FINALIDAD DE PERFECCIONAR LAS NORMAS SOBRE FORMALIZACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA.

BOLETÍN N° 3090-01

Honorable Cámara:

Vuestra Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural pasa a informaros acerca del proyecto de ley, ingresado a tramitación legislativa con fecha 9 de octubre de 2002 y originado en una moción de los Diputados señores Meza, Tuma y Silva, que modifica la ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, con la finalidad de perfeccionar las normas sobre formalización de la tenencia de la tierra.

Durante el estudio de este proyecto, vuestra Comisión contó con la asistencia y la participación de los señores Marcelo Carvallo Ceroni, Ministro (s) de Planificación y Cooperación; Alexandro Álvares, abogado de ese Ministerio; Jacqueline Weinstein, Subsecretaria de Bienes Nacionales; Lorena Escalona, Jefa de la División de Constitución de la Propiedad Raíz de esa Cartera de Estado; Aroldo Cayun Anticura, Director Nacional de la CONADI; Hilario Huirilef Barra y José Santos Millao Palacios, Consejeros Nacionales Indígenas; Rodrigo Lillo, Investigador del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera; María Antonia Benavente, Directora de la Escuela de Antropología de la Universidad de Chile, y Ena von Baer Jahn, Investigadora del Programa Político del Instituto Libertad y Desarrollo.

Cabe hacer presente que la Comisión solicitó, con fecha 10 de diciembre de 2002, al Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la inclusión de esta iniciativa en la Legislatura Extraordinaria N° 348. Dicho Ministerio informó, mediante ORD. N° 005, de 2 de enero de 2003, que no resultaba conveniente incluir la moción en esa legislatura, sin perjuicio de lo cual manifestó su intención de analizar el tema con los propios parlamentarios patrocinantes, los consejeros de la CONADI y los organismos públicos relacionados, al objeto de ver la mejor manera de enfrentar esta temática.

Con fecha 13 de mayo de 2004, el Consejo Nacional de la CONADI acordó aprobar y respaldar la moción de los Diputados señores Meza, Tuma y Silva, concerniente a la modificación del artículo 17 de la ley N° 19.253, y formar una comisión integrada por el Presidente del Consejo y el Consejero señor Hilario Huirilef, a fin de dar a conocer la opinión del Consejo Nacional en las instancias pertinentes respecto de esta modificación.

CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.

1. La Comisión determinó, por unanimidad, que el número 3 del artículo único del proyecto, que suprime el inciso tercero del artículo 17 de la ley N° 19.253, debe ser aprobado como norma de carácter orgánico constitucional.

2. De acuerdo con el artículo 220 del Reglamento de la Corporación, el texto del proyecto de ley aprobado por la Comisión no debe ser conocido por la Comisión de Hacienda.

3. El proyecto de ley ha sido aprobado, en general, por mayoría de votos. Fue rechazado, por unanimidad, el artículo único propuesto en la moción. Por mayoría de votos, se aprobó la indicación sustitutiva presentada por los Diputados Meza y Tuma.

I. IDEAS FUNDAMENTALES O MATRICES DEL PROYECTO.

La idea matriz que inspira la proposición de esta iniciativa legal radica en modificar la ley Indígena a efectos de rebajar, de tres a media hectárea, el mínimo exigible para la subdivisión de tierras y permitir la subdivisión a fin de transferir los predios para la construcción de viviendas de familiares directos hasta por 500 metros cuadrados.

A) Fundamentos.

La ley N° 19.253, que establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas, contempla una serie de normas con la finalidad de proteger la tenencia y la propiedad de las tierras, las cuales son un elemento esencial para la constitución y la mantención de las culturas originarias del país y, en general, de todos los países del mundo en donde perviven comunidades nativas.

El Título II de la ley define qué se entiende por tierras indígenas y las somete a un estatuto especial restringido, que las exime del Derecho Civil común y general, especialmente en lo que dice relación a la libertad para enajenarla, dividirla y subdividirla, entre otras materias. Todo lo anterior se funda en un espíritu de protección de la integridad territorial de las comunidades originarias chilenas, para las cuales la tierra es algo más que un simple medio de producción, puesto que constituye una parte consustancial de su cultura, de sus tradiciones y la base de su economía agraria de subsistencia.

El hecho de que estas medidas restrictivas de la libertad de disposición que emana del derecho real de dominio, si bien cimentado en nobles y altruistas postulados éticos e incluso filosóficos, en la práctica significa una limitación del normal desarrollo de la iniciativa individual de los miembros de las etnias originarias, las cuales ven que la protección que les profesa el Estado las mantiene en una situación de excepción que califican de discriminadora y paternalista, lo que lesiona su derecho a emprender en una sociedad cada vez más competitiva.

A lo anterior se suman, además, los problemas sociales que se derivan de la imposibilidad de dividir las tierras, por ejemplo entre los hijos mayores, que requieren de títulos legítimos de posesión y ojalá de propiedad de la tierra para ser beneficiarios, incluso, de programas sociales impulsados desde el propio Estado.

En el caso de las tierras no indígenas, las medidas restrictivas impuestas a la norma sobre subdivisión de predios rústicos contenida en el decreto ley N° 3516, del año 1980, normativa que resulta más liberal que la ley Indígena, ha sido objeto de recientes modificaciones, que buscan, justamente, flexibilizar su contenido limitador en materia de divisiones y subdivisiones, conservando, en todo caso, el principio de mantener la integridad de los suelos con destino agrícola.

Así, la ley N° 19.807 liberaliza aun más la legislación vigente sobre subdivisión de predios rústicos, autorizándola cuando se trate de predios con una

cabida de entre 500 y un mil metros cuadrados, esto es, inferior, con mucho, a la cabida mínima general permitida por la ley, que es de media hectárea cuando se trate de transferencias a cualquier título y por una sola vez a un familiar directo para la construcción de una vivienda para sí mismo. El parentesco facultado por la ley abarca a ascendientes y descendientes por consanguinidad y afinidad hasta el primer grado.

Los motivos de la ley N° 19.807 se encuentran, precisamente, en la realidad del campo chileno, en la cual, como fruto de las normas de protección de la integridad del suelo agrícola, se impide la subdivisión fundada en razones de habilitación de espacios para la mantención de la familia en sus terrenos. Cuando el Estado desarrolla una serie de políticas de vivienda social en los sectores rurales para financiar la construcción de viviendas dignas, no se puede, paralelamente, sostener obstáculos estructurales que impidan el acceso regular a la tenencia y a la propiedad de la tierra.

Para el país resulta esencial conservar su actual población rural. La permanencia de la población fuera de las urbes es un valor geográfico y demográfico esencial, que tiene consecuencias incluso en materia de disponibilidad futura de alimentos provenientes del agro, sin contar el valor de la existencia de las comunidades rurales, lo cual permite que la cultura familiar campesina subsista en el país. Esos son valores que hacen imperativo para el legislador crear las condiciones para que ello ocurra, mediante los marcos regulativos que permitan el asentamiento regular, con las formalidades de un título de dominio permanente sobre la tierra.

Las mismas razones se dan en el caso de la propiedad indígena, de las comunidades indígenas, que son esencialmente rurales. En ellas también existen el interés y la necesidad de que se flexibilicen las normas actuales de la ley Indígena, permitiéndose idénticas hipótesis a las abiertas para las tierras rurales no indígenas.

Si bien resultan necesarias las normas de protección de la integridad de las tierras indígenas, ello no puede ser óbice para flexibilizaciones, socialmente justificadas, con el fin de evitar que aquéllas pudieran convertirse en una discriminación arbitraria para con las comunidades indígenas, pues ellas, y sus tierras, no pueden cambiar su estatuto legal en atención a un objetivo también superior, como es la conservación del suelo con destino agrícola.

Por estas razones, la iniciativa pretende modificar la ley Indígena con el propósito de disminuir el mínimo de hectáreas para la subdivisión, rebajándolo, desde las tres actualmente exigibles, a media hectárea, y permitiendo la subdivisión con la finalidad de transferir los predios para la construcción de viviendas de familiares directos hasta por 500 metros cuadrados, con lo cual no se alteran de forma sustantiva las normas generales de la división de tierras indígenas, tanto en cuanto se mantendrá lo central de su regulación especial, que es el acceso limitado a la tenencia de la tierra por parte de miembros de la misma etnia y la participación, en su caso, de la CONADI, que actúa como autoridad autorizadora.

B) Comentario sobre el articulado del proyecto.

El proyecto consta de un artículo único, que modifica el artículo 17 de la ley 19.253.

Por el número 1, se modifica su inciso tercero, reemplazando la frase “tres hectáreas” por “media hectárea”, rebajando de este modo el mínimo exigible para la subdivisión de tierras.

Por el número 2, se agrega un inciso final que permite subdividir el predio en hijuelas de no menos de quinientos metros cuadrados, cuando se trate de transferencias de dominio a cualquier título, que se realicen por una sola vez, a un ascendiente o descendiente del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, para la construcción de una vivienda para sí mismo.

II. ANTECEDENTES DEL PROYECTO.

A) *Incidencia en la legislación vigente.*

1. La ley N° 19.253.

El proyecto modifica el artículo 17¹ 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.

Dispone la indivisibilidad de las tierras resultantes de la división de las reservas y liquidación de las comunidades, de conformidad con el decreto ley N° 2.568, de 1979, y de las subdivisiones de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo con la presente ley, aun en el caso de sucesión por causa de muerte.

El inciso tercero faculta al Juez, previo informe favorable de la Corporación, para autorizar la subdivisión, por resolución fundada, cuando existan motivos calificados y siempre que de ella no resulten lotes inferiores a tres hectáreas.

El Tribunal Constitucional, en fallo de 24 de septiembre de 1993, Rol N° 175, dispuso, en su considerando 5º, que las normas estatuidas en el artículo 17, inciso tercero del proyecto de ley remitido, es propia de la ley orgánica

¹ Artículo 17.- Las tierras resultantes de la división de las reservas y liquidación de las comunidades de conformidad al decreto ley N° 2.568, de 1979, y aquellas subdivisiones de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo a la presente ley, serán indivisibles aun en el caso de sucesión por causa de muerte.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, se podrán dividir y enajenar para la construcción de locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos, debiendo contar para ello con la autorización del Director Nacional de la Corporación.

Existiendo motivos calificados y siempre que de ella no resulten lotes inferiores a tres hectáreas, el Juez previo informe favorable de la Corporación, podrá autorizar la subdivisión por resolución fundada. De la resolución que deniegue la subdivisión podrá apelarse ante el tribunal superior aplicando el procedimiento del artículo 56 de esta ley.

Excepcionalmente los titulares de dominio de tierras indígenas podrán constituir derechos reales de uso sobre determinadas porciones de su propiedad, en beneficio de sus ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, legítima o ilegítima, y de los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a los programas habitacionales destinados al sector rural.

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

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

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

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

constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Constitución Política de la República, por lo que esta iniciativa debe ser aprobada con ese mismo quórum.

Por su parte, el artículo 12² de la ley se refiere a aquellas tierras que se entienden como tierras indígenas. A su vez, el artículo 13³ prescribe que estas tierras no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. Asimismo, prohíbe que sean arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

2. El decreto ley N° 3516, de 1980.

El artículo 1° del decreto ley N° 3.516, de 1980⁴, que fija normas sobre subdivisión de predios rústicos, dispone que estos predios pueden ser divididos

² Artículo 12.- Son tierras indígenas:

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

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

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

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

d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y

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

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

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

4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

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

Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales.

³ 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.

⁴ ARTÍCULO 1° Los predios rústicos, esto es, los inmuebles de aptitud agrícola, ganadera o forestal ubicados fuera de los límites urbanos o fuera de los límites de los planes reguladores intercomunales de Santiago y Valparaíso y del plan regulador metropolitano de Concepción, podrán ser divididos libremente por sus propietarios siempre que los lotes resultantes tengan una superficie no inferior a 0,5 hectáreas físicas.

La limitación establecida en el inciso anterior no será aplicable en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de las divisiones que deban efectuar o autorizar el Servicio Agrícola y Ganadero y el Ministerio de Agricultura en virtud de las atribuciones que les confirieron los artículos 1° y 2° del decreto con fuerza de ley 278, de 1979, del Ministerio de Agricultura.

b) En las situaciones previstas en el inciso cuarto del artículo 11° del decreto ley 3.262, de 1980;

libremente por sus propietarios, siempre que los lotes resultantes tengan una superficie no inferior a 0,5 hectárea física. Además, preceptúa una serie de excepciones de esta limitación.

La ley N° 19.807, de fecha 12 de junio de 2002, incorporó una letra j), nueva, en el artículo 1° del decreto ley N° 3.516, de 1980, para posibilitar la transferencia, a cualquier título, y por una sola vez, a un ascendiente o descendiente del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, a fin de construir una vivienda para sí mismo.

3. El decreto ley N° 2568, de 1979.

Esta norma modificó la ley N° 17.729, que contiene normas sobre indígenas y tierras de indígenas. Esta normativa y sus modificaciones posteriores fue derogada por el artículo 78 de la ley N° 19.253, manteniendo vigente el

c) Tratándose de las divisiones que deban efectuarse para los efectos de la regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella en virtud de lo dispuesto en el decreto ley 2.695, de 1979;

d) Cuando se trate de terrenos que deban ser subdivididos por el Ministerio de Obras Públicas para construir obras de regadío, de vialidad u otras que dicho Ministerio determine conforme a sus atribuciones;

e) Tratándose de divisiones o subdivisiones resultantes de la aplicación del artículo 55° de la ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue aprobado por el decreto supremo 458, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, de 18 de diciembre de 1975;

f) Cuando se trate de enajenaciones de retazos de terrenos de un predio para anexar al predio rústico contiguo, siempre que la superficie de terreno que conserve el dueño del predio que se divide no sea inferior a la indicada en el inciso anterior; caso en el cual dicho retazo no podrá enajenarse independientemente del predio a que ha sido anexado;

g) Cuando se trate de transferencias o transmisiones a cualquier título a organizaciones o instituciones con personalidad jurídica y sin fines de lucro;

h) Cuando se trate de transferencias o transmisiones a cualquier título al Fisco de Chile, a las municipalidades y a los gobiernos regionales.

i) Cuando se trate de transferencias o transmisiones a cualquier título a las organizaciones comunitarias regidas por la Ley N° 18.893 y a las organizaciones sindicales a las que se refiere el Libro III del Código del Trabajo, y

j) Cuando se trate de transferencias a cualquier título y por una sola vez, a un ascendiente o descendiente del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, para construir una vivienda para sí mismo.

En este caso, no podrá transferirse más de un lote por ascendiente o descendiente y la superficie de éste no podrá tener una cabida inferior a los quinientos, ni superior a los mil metros cuadrados. Los lotes que se transfieran tendrán prohibición legal de enajenar por 5 años, la que deberá ser inscrita de oficio por el respectivo Conservador de Bienes Raíces.

Lo dispuesto en esta letra procederá sólo respecto de predios que no hayan sido originados en subdivisiones efectuadas de acuerdo a este decreto ley, y cuyo avalúo fiscal vigente a la fecha de transferencia no exceda al equivalente de UF 1.000.

Las subdivisiones que se efectúen de acuerdo con esta norma no requerirán del informe previo favorable a que se refieren el artículo 46 de la ley N° 18.755 y sus modificaciones posteriores.

Las enajenaciones a título gratuito que se hicieren en conformidad con las letras g), h) e i) del inciso anterior estarán exentas del trámite de insinuación.

Los predios resultantes de una subdivisión quedarán sujetos a la prohibición de cambiar su destino en los términos que establecen los artículos 55° y 56° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

En las escrituras públicas en que conste el título de la enajenación de predios resultantes de una división se dejará constancia de la prohibición establecida en el inciso anterior.

Los notarios públicos no autorizarán las escrituras públicas de enajenación ni los Conservadores de Bienes Raíces practicarán inscripción alguna si dichas escrituras no se ajustan a las disposiciones del presente decreto ley.

procedimiento de división de las reservas y de liquidación de las comunidades para los procesos pendientes⁵.

B) Historia legislativa⁶.

La génesis de la ley 19.253 nace de un compromiso político pactado en la ciudad de Nueva Imperial, en diciembre de 1989, entre el movimiento indígena nacional de la época y el candidato a la Presidencia de la República, Patricio Aylwin Azocar, quien comprometió el apoyo político de la coalición de gobierno para respaldar y promover una iniciativa legal de los Pueblos Indígenas de Chile, enviada en octubre de 1991.

Luego de intensas discusiones, el Ejecutivo presentó el proyecto de ley, que fue aprobado por unanimidad y publicado como ley en el diario oficial el 5 de octubre de 1993.

En la actualidad, esta ley, que reconoce a ocho etnias, se aplica y favorece a unas 692 mil personas, lo que corresponde al 4,6% de la población nacional⁷. Las ocho principales etnias de acuerdo a la ley Indígena (artículo 1°), por distribución territorial son las siguientes:

- Norte: Aymará, Quechua, Atacameña y Colla.
- Centro-Sur: Rapa Nui o Pascuense y Mapuche.
- Extremo austral: Alacalufe o Kawashkar y Yagán o Yámana.

De éstas, y de acuerdo al Censo de 2002, el 87% corresponde a mapuches; con el 65% de población urbana y el 35% de población rural.

Los principales aspectos cubiertos por la ley 19.253 dicen relación con lo siguiente.

- Reconocimiento legal a las etnias indígenas de Chile.
- Define a los indígenas y sus tierras.
- Crea la CONADI.
- Establece la discriminación positiva y la protección étnica (trato preferencial).
- Favorece una serie de políticas públicas étnicas, sociales, y de género.
- Establece un régimen especial de protección de las tierras indígenas, tales como limitaciones al ejercicio de los derechos de uso, goce y disposición emanados del dominio (artículo 13); normas especiales para la división y sucesión de las tierras indígenas (artículos 16 a 18), y exención del pago de contribuciones.

Respecto al régimen especial de tierras, éste no ha estado exento de problemas, por lo que los grupos étnicos sostienen, entre otras cosas, que la ley no posee un mecanismo claro de postulación para los otorgamientos de

⁵ Artículo 1° transitorio.- Para los efectos de los procesos de división de reservas, adjudicación y liquidación de las comunidades de hecho, iniciados en virtud de la ley N° 17.729, de 1972, que se encontraren pendientes a la fecha de publicación de la presente ley, se entenderá que la Corporación asume las funciones, atribuciones y obligaciones entregadas al Instituto de Desarrollo Agropecuario manteniéndose, para el solo efecto del procedimiento que se aplicará, los artículos 9° a 33 de dicho cuerpo legal.

⁶ Antecedentes aportados por la Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo de la Biblioteca del Congreso Nacional.

⁷ De acuerdo al Censo de 1992, existían 998 mil chilenos indígenas (mapuches, aymaras y pascuenses mayores de 14 años), es decir, el 7.5% de la población nacional (cerca de un 10% en la proyección sobre la población total).

subsidios, a lo que se suma el hecho, de que la mayoría de la tierras están o estaban en manos de particulares, aumento en los valores de la tierra, gran demanda por la restitución de tierras, entre otros. De este modo, el título II de la ley indígena (artículos 12 al 22), se preocupa del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas.

De acuerdo a la normativa, las tierras indígenas son:

a. Las tierras ocupadas actualmente por indígenas y que vienen de los títulos que el Estado ha usado, desde 1823 hasta ahora, para reconocer la propiedad indígena.

b. Las tierras que no teniendo título, siempre han ocupado indígenas, para lo cual deben inscribir sus derechos en el Registro de Tierras de la CONADI.

c. Las tierras que, viniendo de los títulos antes señalados (puntos a y b), más adelante sean reconocidas como propiedad indígena por los jueces.

d. Las tierras que los indígenas reciban gratis del Estado (artículo 12).

La discusión legislativa respecto al artículo 17 de la ley indígena, el cual establece, en su inciso tercero, que las tierras no podrán subdividirse en lotes inferiores a las tres hectáreas, fue la siguiente.

1. Discusión en la Cámara de Diputados.

A. Primer informe de la Comisión Especial.

El primer informe de la Comisión Especial para el estudio de la legislación relativa a los pueblos indígenas de la Cámara de Diputados (constituida el 14 de enero de 2002), recoge el debate general del proyecto que durante su discusión se presentaron diferencias conceptuales y de enfoque que derivaron en la necesidad de suscribir un acuerdo marco sobre la norma.

Respecto a la división de las tierras indígenas, el acuerdo declara:

“Se declaran indivisibles las tierras resultantes de la división de las comunidades de conformidad al decreto ley N° 2.568, de 1979, aun en el caso de sucesión por causa de muerte. No obstante, por motivos calificados Conadi podrá autorizar subdivisiones de lotes que no sean inferiores a 0,5 hectáreas. También excepcionalmente, podrán constituirse derechos reales de uso sobre porciones de terrenos en beneficio de ciertos familiares para permitirles el acceso a programas habitacionales destinados al sector rural, todo ello con informe favorable de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo respectiva.”

Dado que este artículo establece limitaciones o requisitos para la adquisición de tierras (bienes), es norma de quórum calificado, por lo que la aprobación de éste requiere de aprobación de la mayoría absoluta de los parlamentarios (inciso final del N° 23 del artículo 19 de la Constitución).

De este modo, la Comisión somete a consideración la aprobación del artículo 17, en la forma que sigue:

“Artículo 17.- *Las tierras resultantes de la división de las reservas y liquidación de las comunidades de conformidad al decreto ley N° 2.568, de 1979, y aquellas subdivisiones de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo a la presente ley, serán indivisibles aun en el caso sucesión por causa de muerte.*

Existiendo motivos calificados y siempre que de ella no resulten lotes inferiores a 0,5 hectáreas, la Corporación podrá autorizar la subdivisión por

resolución fundada. De la resolución que deniegue la subdivisión podrá reclamarse ante el Juez letrado competente quien resolverá, oyendo a las partes, en única instancia y sin forma de juicio.

Excepcionalmente los titulares de dominio de tierras indígenas podrán constituir derechos reales de uso sobre determinadas porciones de su propiedad, en beneficio de sus ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, legítima o ilegítima, y de los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a los programas habitacionales destinados al sector rural.

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

El Subdirector Nacional correspondiente de la Corporación, previo informe favorable de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, determinará la superficie de la propiedad o goces sobre la cual se autorice constituir el respectivo derecho de uso.

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

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

Posteriormente, durante la discusión en la sala, la preocupación de los parlamentarios, se centra en la definición de las tierras indígenas, quienes son sus titulares, y la exención de contribuciones territoriales. Por esta razón, el artículo 17 se vota sin indicaciones.

B. Segundo informe de la Comisión Especial.

La Comisión reitera el rango de quórum calificado al artículo 17 entre otros, aunque no fue objeto de indicaciones durante la discusión del primer informe. De este modo se mantiene el texto del artículo 17. La Comisión de Hacienda no se pronuncia sobre éste.

2. Discusión en el Senado.

A. Discusión general de Sala.

No se discutió sobre el artículo 17 y sus temáticas.

B. Primer Informe de la Comisión Especial del Senado.

Respecto al inciso segundo del artículo 17, sostiene que éste es norma orgánica constitucional, por cuanto aborda materias relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia (artículos 38 y 74 de la Constitución Política).

Se produce la primera modificación del artículo 17, a propuesta del Senador Sergio Diez, quien solicita reemplazar la subdivisión de 0,5 hectáreas por no menos de tres. De este modo, el Senador Diez, hace presente *“que la norma general en esta materia establece que las comunidades son indivisibles, sin embargo propone como indicación, que por motivos calificados, sea el juez, quien*

previo informe favorable de la Corporación pueda autorizar la subdivisión siempre que de ella resulten lotes superiores a tres hectáreas”.

La Comisión por la unanimidad de sus miembros aprueba este artículo con las modificaciones señaladas. El inciso segundo, es reemplazado por el siguiente:

“Existiendo motivos calificados y siempre que de ella no resulten lotes inferiores a tres hectáreas, el Juez previo informe favorable de la Corporación, podrá autorizar la subdivisión por resolución fundada. De la resolución que deniegue la subdivisión podrá apelarse ante el tribunal superior aplicando el procedimiento del artículo 54 de esta ley.”

En el inciso quinto, sustituir la frase “Subdirector Nacional correspondiente, por Director”.

C. Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado.

No se pronuncia sobre el artículo 17 y sus temáticas.

D. Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado.

Se someten a discusión y consideración de los señores Senadores, tres indicaciones (números 56, 57 y 58), las cuales modifican el inciso primero (indicación 56, Senador Thayer), inciso quinto (indicación 57, Ejecutivo), y el inciso sexto (indicación 58, Senador Díaz). De éstas, sólo es aprobada la indicación del Ejecutivo.

Indicación N° 56. “Establece que los predios resultantes de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo a la presente ley, serán indivisibles, aun en el caso de sucesión por causa de muerte”. Rechazada por unanimidad.

Indicación N° 57. Sustituye las palabras de “Director Nacional de la Corporación” por “Director o Subdirector de la Corporación según corresponda”. Se vota favorablemente por unanimidad.

Indicación N° 58. Se reemplaza el inciso sexto por el siguiente: “El derecho real de uso así constituido será transmisible sólo al cónyuge. En lo demás, se regirá por las normas del Código Civil. Si se constituye a título gratuito estará exento del trámite de insinuación, con el objeto de excluir de la aplicación de las normas a quien hubiere constituido posesión notoria de cónyuge”. Rechazada por unanimidad.

Finalmente la Comisión propone la aprobación del artículo 17 como sigue:

Intercalar como inciso segundo nuevo, el siguiente: “No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, se podrán dividir y enajenar para la construcción de locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos, debiendo contar para ello con la autorización del Director Nacional de la Corporación”. Los incisos segundo, tercero y cuarto pasan a ser inciso tercero cuarto y quinto, respectivamente, sin enmiendas.

El inciso quinto pasa ser sexto: Sustituir la expresión “Director Nacional de la Corporación” por “Director o Subdirectores de la Corporación, según corresponda”. Sus incisos sexto y séptimo han pasado a ser inciso séptimo y octavo, respectivamente.

El artículo se aprueba como sigue:

“Artículo 17.- *Las tierras resultantes de la división de las reservas y liquidación de las comunidades de conformidad al decreto ley N° 2.568, de 1979,*

y aquellas subdivisiones de comunidades de hecho que se practiquen de acuerdo a la presente ley, serán indivisibles aun en el caso sucesión por causa de muerte.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, se podrán dividir y enajenar para la construcción de locales religiosos, comunitarios, sociales y deportivos.

Existiendo motivos calificados y siempre que de ella no resulten lotes inferiores a tres hectáreas, el Juez previo informe favorable de la Corporación, podrá autorizar la subdivisión por resolución fundada. De la resolución que deniegue la subdivisión podrá apelarse ante el tribunal superior aplicando el procedimiento del artículo 56 de esta ley.

Excepcionalmente los titulares de dominio de tierras indígenas podrán constituir derechos reales de uso sobre determinadas porciones de su propiedad, en beneficio de sus ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, legítima o ilegítima, y de los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a los programas habitacionales destinados al sector rural.

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

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

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

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

E. Segunda discusión general de Sala.

No se discutió sobre el artículo 17 y sus temáticas. Se aprueban, con el carácter de orgánico constitucional, las modificaciones introducidas por la Comisión.

3. Tribunal Constitucional.

Se aprueban las modificaciones del Senado, por lo que se somete el artículo 17, entre otros, a control de constitucionalidad

“1.- Que las normas establecidas en los artículos 16; 17, inciso tercero; 19, inciso tercero; 38; 41, incisos primero y tercero; 42; 43, inciso tercero; 44; 45; 48; 56, inciso primero, en la parte que establece: “Las cuestiones a que diere lugar el dominio, posesión, división, administración, explotación, use y goce de tierras indígenas, y los actos y contratos que se refieran o incidan en ellas, y en que sean parte o tengan interés indígenas, serán resueltas por el Juez de Letras competente en la comuna donde se encontrado ubicado el inmueble”, y su numeral 9; 59; inciso segundo del artículo 1º transitorio; inciso primero del artículo 7º transitorio, en la parte que establece: “Suprímase, en el Instituto de Desarrollo Agropecuario; el Departamento de Asuntos Indígenas. Veinte Funcionarios de ese Departamento pasarán a desempeñarse como titulares de cargos de la

Corporación y serán individualizados mediante uno o mas decretos supremos emanados del Ministro de Planificación y Cooperación y del Ministro de Hacienda, sin sujeción a las normas de la ley N° 18.834; en ningún caso, este traslado podrá significar disminución de sus remuneraciones. Cualquier diferencia de remuneraciones que se produzca será pagada por la planilla suplementaria, la que será reajutable o imponible en la misma forma en que lo sean las remuneraciones que compensa y que se absorberá por futuras promociones”, y la parte del inciso segundo que dispone: “El traspaso de personal a que se refiere el inciso anterior, se dispondrá sin solución de continuidad y no será considerado, para efecto legal alguno, como causal de termino de los Servicios”, del proyecto de ley remitido, son constitucionales”.

III. PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN.

Durante la discusión del proyecto, se conoció la opinión de las siguientes personas.

1. Ministerio de Planificación y Cooperación.

El señor Marcelo **Carvallo**, Ministro (s) de Planificación y Cooperación, señaló que el marco regulativo conceptual que debe tenerse en consideración respecto de esta materia es el artículo 1° de la ley Indígena, que dispone que “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 inciso tercero agrega que “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, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.”

Esta es la normativa que orienta la acción del Estado, en materia de reconocimiento, por una parte, y de protección de su cultura, por la otra. Agregó que, desde el punto de vista de la tenencia de la tierra, es necesario poseer una comprensión amplia de este concepto, cuyo principal punto debe ser la protección de la calidad indígena de la tierra.

Recordó que, para la etnia mapuche, además de ser un bien económico, que le permite su sustento, la tierra tiene una calidad especial, que lo vincula con la familia y con la comunidad, en torno al territorio, lo que el Estado debe proteger.

Por ello, es menester tener especial cuidado en garantizar la protección de la calidad indígena de la tierra, junto con garantizar el aprovechamiento adecuado de la misma.

La normativa que permite la subdivisión de predios rústicos, con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.807, rige para el mundo rural. Pero esa normativa no es aplicable a las tierras indígenas y ello se ha transformado, en este caso, en una discriminación negativa.

Las comunidades han ido creciendo, se ha producido dentro de su territorio una densificación que no permite regular, en forma adecuada, la tenencia de la tierra.

Estimó que esta moción resguarda, adecuadamente, esta dualidad, asegurando tanto la protección de la calidad indígena de la tierra como su aprovechamiento.

Además, la subdivisión queda sometida a un procedimiento en el cual es el juez el que, previo informe favorable de la CONADI, autoriza la subdivisión.

Asimismo, reconoce adecuadamente la diversidad étnica, incluso en el interior de las propias comunidades. Eso, desde el punto de vista de gestión de políticas públicas, resulta interesante.

Por otra parte, expresó que los asuntos que se están tratando son temas de futuro. Es decir, se trata de decidir cómo se resolverán los problemas de un grupo de personas que habitan en el territorio nacional desde antes de su constitución como país. La forma de solución de esta problemática debe lograrse a través de un proyecto-país más integrador.

Recordó que el Presidente de la República, el 16 de abril recién pasado, ha dado a conocer una propuesta de política de nuevo trato para los pueblos indígenas. Esta política tiene tres pilares fundamentales: reconocimiento y profundización de derechos, estrategia de desarrollo con identidad e institucionalidad del Estado.

De la discusión que se ha dado en el seno de la Comisión rescató tres ideas que le parecen de consenso. En primer lugar, ha habido acuerdo en torno a la necesidad de mantener el espíritu de la ley Indígena, en orden a proteger la calidad indígena de las tierras.

En segundo término, es preciso reconocer que existen distintas realidades, porque el grupo étnico no es homogéneo. El tercer aspecto hace relación a la discriminación respecto de las tierras, en cuanto existe una normativa diferente que se aplica a las mismas situaciones.

En otro orden de materias, explicó que hay una serie de conflictos en el interior de las comunidades indígenas, en materia de tierras, entre los mismos indígenas, al margen de los problemas existentes con el Estado y con particulares, lo que dificulta enormemente la labor que desarrolla el Ministerio.

El artículo 20, letra b), de la ley Indígena establece, entre los objetivos del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas relativos a tierras indígenas en que sean factibles soluciones provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas.

Por su parte, la letra a) del mismo artículo permite otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, comunidades indígenas o una parte de éstas, cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, es decir, cuando haya hacinamiento.

Sin embargo, se requiere crear instrumentos de política pública que posibiliten acompañar esta entrega o devolución de tierras con aspectos productivos.

En cuanto al tamaño de las hijuelas, existe una consideración productiva, ya que, al tener la titularidad de la tierra, es posible acceder a créditos del INDAP, a los que en la actualidad no se puede recurrir. También se puede acudir a otros proyectos, como la apicultura y el turismo.

El artículo 13 de la ley prescribe que las tierras a que se refiere el artículo 12 gozan de la protección de esta ley y no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permite gravarlas, previa autorización de la Corporación.

Añadió que, con la titularidad del dominio de predios menores, es posible acceder a beneficios que incrementan el nivel productivo y económico de las familias.

También existe una dimensión cultural, que dice relación a la propiedad de la tierra, ya que las personas se van a la ciudad y no vuelven a constituir, nunca más, una relación cultural con la tierra.

Por lo demás, el procedimiento que se establece es que el Juez, previo informe favorable de la Corporación, puede autorizar la subdivisión por resolución fundada.

En definitiva, concluyó que la iniciativa resguarda el principio de fortalecer tanto productiva como culturalmente a las comunidades indígenas. Además, obligará al Gobierno a fundar una política de nuevo trato hacia los pueblos indígenas en un breve plazo.

2. Corporación Nacional Indígena.

El señor Aroldo **Cayun**, Director Nacional de la CONADI, dejó a disposición de la Comisión un documento que contiene cuadros correspondientes a datos existentes en el archivo de mapas de la Subdirección Nacional Temuco y que da cuenta del número de hijuelas resultantes de la subdivisión de títulos de merced por el decreto ley N° 2.568, en cada una de las comunas de las Regiones VIII, IX y X. Estas hijuelas están afectas al artículo 17 de la ley N° 19.253. Según estos antecedentes, serían un total de 61.883.

Explicó que existe una carpeta con más de 1.500 firmas de comuneros en respaldo de la iniciativa impulsada por los Diputados Tuma, Meza y Silva. Por su parte, el Consejo dio su consentimiento para esta modificación por 15 votos a favor, 1 en contra y 1 abstención.

De acuerdo con la estadística existente en la Subdirección Nacional Temuco, las solicitudes de subdivisión autorizadas por la Corporación, de más de 3 hectáreas con fines sociales, ha ido aumentando año tras año, desde 21, en 1995, a 72, en 2003.

Como las subdivisiones de terrenos de menos de tres hectáreas no pueden efectuarse, debido a la limitación establecida en el artículo 17 de la ley 19.253, no se lleva una estadística de las solicitudes que eventualmente ingresan en este sentido.

Con respecto al proyecto de modificación del artículo 17 de la ley N° 19.253, en orden a permitir la subdivisión de la tierra indígena hasta por media hectárea y, en todo caso, no menor a 500 m², cuando se enajena a favor de un ascendiente o descendiente para la construcción de una vivienda, es necesario hacer una relación de la normativa actualmente en vigencia, en razón de existir diversos estatutos jurídicos que regulan la materia de subdivisión de predios rurales, y en especial la tierra indígena, para lo cual no existe una única forma de enfrentar el tema.

El decreto ley N° 3.516, con sus modificaciones posteriores, regula la subdivisión de predios rústicos en forma general, estableciendo como límite de superficie mínima 5.000 metros cuadrados. Esta normativa también se aplica a tierras indígenas no incluidas en el artículo 17 de la ley N° 19.253.

Sin embargo, y para los fines allí señalados, esta superficie mínima se altera, constituyéndose excepciones a la norma general, donde destaca la posibilidad de subdividir a favor de un ascendiente o descendiente por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, para construir una vivienda para sí mismo, una superficie que puede variar de 500 a 1000 m².

El artículo 17 de la ley N° 19.253 establece la indivisibilidad de las tierras indígenas a que se refiere dicha disposición, inclusive para los efectos de la sucesión por causa de muerte, debiendo entenderse como la prohibición de subdividir para adjudicar en pago de los derechos que correspondan a los herederos.

Esta disposición no se refiere a todas las tierras indígenas contempladas en el artículo 12 de la ley, sino sólo a una parte de ellas: las derivadas de la ley N° 17.729, modificada por el decreto ley N° 2.568, bajo cuyo imperio se hicieron las divisiones de las comunidades indígenas con mayor profusión. Han de incorporarse también a esta prohibición las hijuelas que resulten de la división que se efectúe en conformidad con la ley N° 19.253.

La razón de haber excluido a las demás tierras indígenas, tales como las divisiones de leyes anteriores, las concesiones gratuitas, las del decreto ley 2.695, entre otras, pareciera deberse a la necesidad de evitar el minifundio, atendida la escasa superficie que, en promedio, implicó la adjudicación de hijuelas en el proceso de división de las comunidades.

En conclusión, las tierras indígenas están sometidas a un doble estándar; aquellas que admiten la subdivisión y aquellas que no la admiten.

Las excepciones fundadas que se contemplan para las tierras indígenas prohibidas de subdividir son las siguientes: superficie mínima de 3 hectáreas, para locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos y constitución del derecho real de uso, que no constituye legalmente una subdivisión.

El tratamiento de la subdivisión, en materia de tierras indígenas, es complejo, en razón, precisamente, de no existir un único estatuto aplicable.

En consecuencia, las tierras indígenas no consideradas en el artículo 17 de la ley N° 19.253 pueden subdividirse de conformidad con el estatuto que rige las tierras en el derecho común, entendiéndose aplicable en su totalidad, el decreto ley N° 3.516, con sus modificaciones posteriores.

No obstante lo anterior, existe una segunda limitante en el tratamiento de la subdivisión de las tierras indígenas, toda vez que ella implica un acto jurídico posterior, cual es la enajenación a cualquier título y para cualquier finalidad.

Aquí también hay un doble estándar para el tratamiento de las tierras indígenas, diferencia que difícilmente se puede explicar desde el punto de vista jurídico, puesto que resulta aun más complejo satisfacer el interés de los usuarios indígenas.

En efecto, esta nueva limitación está consagrada en el artículo 13 de la ley N° 19.253, que prescribe la prohibición de enajenar las tierras indígenas, entendiéndose que son todas aquellas definidas en el artículo 12 de la ley.

Por tanto, las excepciones a la subdivisión que contiene el artículo 17, que autoriza expresamente la enajenación para los fines que allí se contemplan, constituyen una especial exención a la prohibición de enajenar tierras indígenas a personas no indígenas de la misma etnia.

Por el contrario, todas aquellas subdivisiones que se practiquen en tierras indígenas, de conformidad al derecho común, al margen de dicho artículo 17, no podrían enajenarse sino entre personas indígenas de la misma etnia, quedando excluida la posibilidad de vender para los efectos de locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos.

Reiterados informes de la CONADI que así lo comprueban, no resuelven las situaciones planteadas, en razón de aplicarse la interpretación legal restrictiva que corresponde a las prohibiciones legales. No queda otra alternativa que aplicar el mecanismo de la permuta, muchas veces improcedente, por la finalidad que se persigue, en la mayoría de los casos, de proveer espacios territoriales para mejorar la dotación de servicios como educación, salud, agua potable, entre otros.

Ante la propuesta de modificación del artículo 17, cabe aprovechar la oportunidad para efectuar una propuesta íntegra sobre el tema de la subdivisión y enajenación de tierras indígenas, sin que ello altere los principios fundamentales que regulan la tenencia de la tierra indígena.

Estos principios fundamentales son la protección de la tierra indígena, la ampliación de las tierras, su circulación restringida, la historia registral de la propiedad, el fortalecimiento de la ocupación familiar y la incorporación de las tierras en la gestión territorial.

Lo esencial radica en la inalterabilidad que debe tener el artículo 13 de la ley N° 19.253, que consagra la prohibición de enajenar en términos generales.

La propuesta debe establecer un único estatuto que regule la subdivisión de todas las tierras indígenas definidas en el artículo 12 de la ley N° 19.253, dejando un mínimo de superficie para subdividir y haciendo aplicable la normativa existente en el derecho común para los predios rurales.

Asimismo, se debe eliminar la prohibición de subdividir en caso de sucesión por causa de muerte, por ser contraria a la costumbre indígena.

Del mismo modo, es indispensable incorporar la prohibición de cambio de uso de suelo de los lotes resultantes de la subdivisión, aplicar expresamente la calificación de tierras indígenas a los lotes resultantes e incorporar la exención del trámite de la insinuación para el caso de las enajenaciones a título gratuito⁸.

⁸ El señor Cayún propuso el siguiente proyecto de modificación:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 17 de la ley N° 19.253.

1. Reemplázase el inciso primero por el siguiente:

“Las tierras indígenas definidas en el artículo 12 de esta ley, y en lo que no fuere incompatible con ésta, podrán subdividirse de conformidad con lo establecido en la legislación vigente para predios rurales hasta por media hectárea; y los lotes resultantes mantendrán, para todo efecto, las prohibiciones legales, quedando sujetos a la prohibición de cambiar su destino de conformidad con la ley General de Urbanismo y Construcciones, sin perjuicio de las excepciones que se señalan a continuación.”

2. Agrégase, en el inciso segundo, después de la frase “se podrán dividir”, la siguiente locución: “en una superficie menor”.

3. Sustitúyese el inciso tercero por el siguiente:

“Cuando se trate de transferencias a cualquier título, y por una sola vez, a un ascendiente o descendiente del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, y para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a los programas habitacionales o la construcción de una vivienda, se podrá subdividir en lotes que resulten no inferiores a quinientos ni superior a mil metros cuadrados,

Consultado, recordó que el límite de 3 hectáreas se estableció como tamaño mínimo de sustentabilidad agrícola. Sin embargo, de acuerdo con las nuevas tecnologías y con los mercados globales que han abierto los tratados de libre comercio con Estados Unidos y con la Unión Europea, es posible establecer un mínimo más bajo.

Informó que el ingreso promedio de los habitantes indígenas es la mitad del ingreso promedio del habitante chileno. Estimó que la nueva realidad económica puede agrandar esta brecha o, por el contrario, puede convertirse en una gran oportunidad para cerrarla o acortarla.

Concordó en que, desde el punto de vista agrícola, no hay muchas posibilidades ni para las parcelas de tres hectáreas ni para las de media hectárea, por lo que hay que buscar alternativas, como el turismo, que resulta interesante por la cultura y las tradiciones y una producción limpia y orgánica.

Por otra parte, precisó que, en lo productivo, el mapuche es individual y no comunitario, aun cuando es muy social en cuanto a otro tipo de actividades, especialmente las culturales y las religiosas. Por ello, es menester crear condiciones para el desarrollo.

Aclaró que en ningún caso se pueden modificar los artículos 12 y 13 de la ley, que establecen la calidad indígena de la tierra, y que sólo se pretende subdividir entre los mismos indígenas.

Finalmente, sostuvo que la propuesta ha sido respaldada por la CONADI y aprobada por el Consejo, con sólo 1 voto en contra y 1 abstención.

Consultado respecto de lo que ocurrirá en varios años más, cuando se haya subdividido en 0,5 hectárea y esos propietarios, a su vez, quieran subdividir sus tierras para entregárselas a sus hijos, respondió que la propia ley permite la compra de terrenos entre individuos de la misma etnia, lo que no ha operado por la mala situación económica de los indígenas, pero lo que se pretende es mejorar esa situación antes de que se produzca el problema.

Por último, especificó que en el año 2002, se concedieron 100 subsidios individuales y 4 comunitarios. Para el año 2004, se destinarán 4 mil millones de pesos para subsidios de tierras, con especial énfasis en la postulación individual.

3. Consejeros de la Corporación Nacional Indígena.

El señor José **Millao**, Consejero Nacional de la CONADI y Presidente de la Organización Mapuche Ad-Mapu, señaló que la existencia del pueblo mapuche se sustenta en profundos principios filosóficos, leyes, normas y categorías, y, por sobre todo, fundamenta su sobrevivencia en sus derechos que son inalienables, en todos los planos y niveles.

Explicó que sobre el derecho territorial, en el cual se interrelaciona intrínsecamente con la sagrada tierra, es donde ejerce y fundamenta su desarrollo corporal, vegetal y colectivo. La tierra, para el pueblo mapuche, es de carácter sagrado y posee una doble dimensión: por una parte, le proporciona el sustento

cualquiera que sea el avalúo fiscal vigente.”

4. Agrégase el siguiente inciso:

“Las subdivisiones que se efectúen de acuerdo con esta norma no requerirán del informe previo favorable a que se refiere el artículo 46 de la ley N° 18.755 y sus modificaciones. Las enajenaciones a título gratuito que se hicieran en conformidad con esta ley estarán exentas del trámite de insinuación; y en la respectiva escritura pública en que conste el título de la enajenación deberá dejarse constancia de que se otorgan al amparo de esta disposición legal.”

de cada día y, por otro lado, en ella ejerce sus manifestaciones culturales, conformando su propia visión y concepción del mundo.

Conforme con estos derechos, el mapuche elabora su propio sistema y modelo de economía comunitaria, previsto para no herir su entorno, el medio ambiente y su ecosistema, calculado para no romper el equilibrio de su hábitat.

En todo este principio de desarrollo propio, juega un rol preponderante el idioma, que no es un dialecto y que es determinante para la comunicación de una civilización humana que es transversal, es decir, que traspasa a la comunidad, a la estructura local y se transmite a todo el territorio.

La disciplina y la justicia se aplican de modo implacable. De otra manera, no habría sido posible elegir a sus miembros en una estructura jerarquizada, en donde cada uno desempeña un papel fundamental.

Esta forma de convivencia humana, ejemplar y maravillosa, es bruscamente violentada por la invasión española en 1541 y, luego, por la intervención del Estado chileno en la década de los 80 del siglo XIX, con la mal llamada "Pacificación de la Araucanía".

En este nuevo escenario, el pueblo mapuche no se rinde y adecua sus tácticas y estrategias y resiste heroicamente, tanto a la invasión extranjera como a la intervención del Estado chileno. En esta contienda armada en la lucha por su libertad, surgen los grandes estrategas militares.

Esta heroica resistencia del pueblo mapuche por su libertad perdura hasta la actualidad. Sin embargo, la lucha del pueblo mapuche hoy no es la misma, conforme con los cambios que han surgido en el mundo y en Chile, específicamente.

Sostuvo que no se trata de ver la temática mapuche en hectáreas más o en hectáreas menos. El punto es un poco más que eso, es mucho más que eso.

La Comisión, al pretender reformar el artículo 17 de la ley 19.253, con argumentos absolutamente contradictorios con la propia ley Indígena, insiste en repartir verdaderos sitios a una cierta cantidad de hermanos y familias mapuches, pretendiendo adjudicar media hectárea de tierra.

Se preguntó si, en el caso de ser aprobada la reforma del artículo 17 de la ley Indígena, cómo quedarán dichas tierras; si dejarán de ser tierras indígenas, si dejarán de ser indígenas sus habitantes, o quedarán supeditadas al artículo 13 de la ley 19.253.

En consecuencia, su posición es adversa a la reforma de la ley 19.253 y, concretamente, al artículo 17, por el momento. En cambio, propuso que el Poder Legislativo legisle sobre el reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, ratifique el convenio 169 de la OIT y, a la vez, ponga en práctica algunos de los contenidos de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Después de ello, podría haber un debate nacional sobre cualquier reforma de la ley Indígena.

Afirmó que la ley Indígena no es la "panacea", es decir, que no satisfizo todas las expectativas. Lo que realmente requiere el pueblo indígena es su reconocimiento constitucional, es decir, que la Constitución Política de la República garantice la existencia del pueblo mapuche, que se ratifique el Convenio 169 de la OIT y que se pongan en práctica las conclusiones de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.

Asimismo, hizo presente que la ley Indígena es vulnerable en muchos aspectos, como es el caso de la permuta que se dio en el Alto Bío Bío. Por eso, se requiere el reconocimiento constitucional.

Consultado, respondió que en el Consejo de la CONADI fundamentó más extensamente que ante la Comisión su posición contraria a la iniciativa y que nunca estuvo de acuerdo con esta modificación.

Previno que, si se aprueba esta reforma, se originará una serie de conflictos por las tierras, especialmente entre hermanos carnales y entre las propias comunidades. De hecho, ya ha habido efectos nefastos, como consecuencia de la división de las tierras de las comunidades mapuches, provenientes de los títulos de merced.

Relató su situación personal, explicando que su padre posee 6 hectáreas de tierra y ellos son 12 hermanos, por lo que, con esta modificación, podrían subdividir en $\frac{1}{2}$ hectárea para cada uno. Pero eso no les sirve, porque con tan poca tierra no pueden hacer nada.

En todo caso, añadió, hay comunidades que se mantienen unidas en base a la tierra que les ha proporcionado la CONADI y que han pasado por experiencias positivas con el programa Orígenes.

El señor Hilario **Huirilef**, Consejero Mapuche ante la CONADI, señaló que, cuando se sometió a discusión esta iniciativa en el interior del Consejo, ella fue aprobada por unanimidad; pero, posteriormente, el consejero Millao cambió su postura.

Explicó que siempre se dice que los mapuches han tenido una comunidad económica. Pero ello no es así. Siempre existió un hombre más rico en el interior de la comunidad, que ayudaba a los que tenían menos recursos. Es decir, existía una economía solidaria, pero no comunitaria.

Puntualizó que las tierras indígenas, actualmente, en lo que se refiere a las subdivisiones, se encuentran sujetas a distintos estatutos jurídicos, a saber:

-Las tierras indígenas a que se refiere el artículo 12 de la ley 19.253, a excepción de las señaladas en el artículo 17, pueden ser subdivididas de conformidad con las disposiciones del decreto ley N° 3.516 (legislación común), que permite la subdivisión hasta $\frac{1}{2}$ hectárea inclusive.

-En cambio, las tierras a que alude el artículo 17, esto es, las provenientes de los procesos de división de comunidades derivadas de la ley 17.729 y que representan en la actualidad la gran mayoría de las tierras indígenas, no pueden ser subdivididas ni aun en caso de sucesión por causa de muerte.

De tal forma que, además de las prohibiciones y restricciones que establece el artículo 13 de la ley Indígena, en el sentido de que las tierras indígenas no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, lo cual limita considerablemente la libre circulación y transferencia de estos terrenos, se establece una singular prohibición en el artículo 17 de la mencionada ley, que hace relación a la indivisibilidad de las tierras indígenas.

En estas circunstancias, los indígenas propietarios de terrenos indígenas provenientes de los procesos de división de comunidades derivadas de la ley 17.729 no pueden subdividirlos, ya sea para enajenar una parte, o partes de ellos, a través de una venta, permuta o donación. Esta prohibición legal se extiende

aun a los casos de sucesión por causa de muerte. Es decir, una vez fallecido el propietario, sus herederos, en caso de ser más de uno, no pueden legítimamente proceder a subdividir, liquidar y adjudicarse partes de estos terrenos en dominio, como sí lo pueden hacer los propietarios de terrenos no indígenas.

El fundamento de esta prohibición tenía como principales objetivos evitar el minifundio, atendida la escasa superficie de tierra, que en promedio significó la adjudicación de tierras a personas indígenas en los procesos de división de tierras de las comunidades, e impedir la división en el interior de las comunidades indígenas.

Como la ley lo señala en su artículo 17, inciso tercero, excepcionalmente se permite la subdivisión de las tierras indígenas provenientes de la división de los títulos de merced; pero lo engorroso del procedimiento que se establece y los requisitos exigidos hacen ilusoria e irrealizable esta facultad.

En efecto, se requiere autorización judicial, lo cual significa elevar una solicitud formalmente al Tribunal respectivo, previa contratación de un abogado. Además, el Juez sólo puede otorgar el permiso para subdividir por motivos calificados.

Adicionalmente, para otorgar la autorización para subdividir, se requiere, además, que los lotes resultantes sean superiores a 3 hectáreas y que, dentro del procedimiento judicial, la CONADI emita un informe favorable a la subdivisión del predio.

En la práctica, esta prohibición de subdividir ha producido una serie de problemas e inconvenientes a los indígenas, ya que, no obstante ser propietarios, se les restringe considerablemente la facultad de disposición sobre sus terrenos.

Una parte considerable de los problemas surge con motivo de la sucesión por causa de muerte, pues, como se dijo, la ley impide la subdivisión inclusive a los herederos luego del fallecimiento del propietario, obligándolos a permanecer en la indivisión eternamente, lo cual, sin duda, es fuente de innumerables conflictos y juicios.

Si bien la ley permite la subdivisión, en la práctica este derecho se torna ilusorio e impracticable, por cuanto al propietario o a los herederos les significa contratar previamente un abogado, o buscar la asesoría jurídica gratuita, para solicitar, posteriormente, la autorización judicial, para la cual se exige, además, un informe favorable de la CONADI.

A la dilación propia que significa un trámite judicial de esta naturaleza (seis meses, aproximadamente), se suma la tardanza del informe de la CONADI, el cual, con suerte, puede ser emitido dentro de un año o un año y medio.

Por otro lado, al no definir la ley qué se entiende por motivos calificados para solicitar la subdivisión, queda entregado al criterio del Juez que conoce la solicitud determinar en qué casos se está frente a hechos que justifican tal autorización. De tal forma, el mero arbitrio de enajenar una parte del predio para generar ingresos familiares, financiar algún proyecto económico, o la donación de parte de un terreno a uno o más hijos para que construyan su casa y formen su familia, puede no ser considerado por el juez un motivo suficiente para otorgar la autorización.

La exigencia legal de un mínimo de 3 hectáreas para los lotes resultantes de la subdivisión en muchos casos hace imposible la subdivisión, por cuanto,

como se dijo en innumerables ocasiones, la superficie de los predios resultantes de las divisiones de las comunidades es inferior a 6 hectáreas.

En concreto, la discriminación positiva que se persigue con esta norma ha sido perjudicial para muchos indígenas y, al contrario, ha sido fuente de innumerables litigios y problemas.

En cuanto a los fundamentos de la modificación propuesta, afirmó que, en primer lugar, tiene por objeto sanear la situación de 18.000 indígenas, que viven en sectores rurales en menos de 3 hectáreas cada uno, en situación irregular, sin título de dominio, ya sea en calidad de heredero, mero tenedor, allegado, entre otros casos. Por otro lado, cada año va en aumento el número de indígenas que viven en situación irregular respecto de la tenencia de la tierra.

En segundo término, se pretende permitir el acceso a programas estatales. Estas personas se encuentran impedidas actualmente de acceder a todos los programas del Estado y de las diferentes reparticiones públicas que exijan, como requisito previo para postular al programa o subsidio, ser propietarios exclusivos de los terrenos que ocupan.

Un tercer aspecto dice relación a los derechos reales de uso. La Corporación de Desarrollo Indígena lleva gastados, a la fecha, más de 500 millones de pesos (\$ 500.000.000) en tramitar y constituir derechos reales de uso. Esto, además de los gastos en que debe incurrir el beneficiario.

Cabe recordar que la constitución del derecho real de uso es el único mecanismo actualmente existente para que los indígenas puedan postular a programas habitacionales rurales. Se encuentra regulado en el artículo 17 de la ley 19.253.

Este mecanismo, en la práctica, significa una verdadera subdivisión de hecho de las tierras indígenas. En consecuencia, el proyecto de ley viene a regularizar, no sólo las divisiones de hecho existentes actualmente, sino también las efectuadas a través del procedimiento de la constitución de los derechos reales de uso, con el consiguiente ahorro de recursos para la Corporación.

En cuarto lugar, la modificación tiene un sentido familiar. Para toda persona en general, y especialmente para las de origen mapuche, resulta fundamental legar o dejar algo a sus hijos y descendientes. En el mundo indígena rural, la tierra representa el principal bien para la familia, de tal forma que todo padre aspira a dejarles tierra a sus hijos, pero no en cualquier estado, sino con título de dominio, plenamente saneada.

Con la normativa actual, resulta angustiante para muchos padres verse impedidos de otorgar a sus hijos títulos de dominio sobre partes de su predio.

En cuanto a las ventajas que persigue la iniciativa legal, reseñó las siguientes.

En primer lugar, permitirá regularizar y sanear la tenencia de tierras de más de 18.000 indígenas, que actualmente ocupan terrenos de forma irregular, en calidad de herederos, donatarios, allegados o meros ocupantes.

En segundo término, posibilitará el acceso de estos indígenas a todos los planes y programas estatales y no gubernamentales que les exijan, como presupuesto de postulación, ser propietarios de los terrenos, tales como los programas de recuperación de suelos, el apoyo a créditos, los bonos ganaderos, las curvas de nivel, las enmiendas calcáreas, la forestación y, en general, los programas del SAG, INDAP, CONAF, entre otros.

Un tercer aspecto positivo se refiere a facilitar el acceso a los programas habitacionales rurales, especialmente a las personas jóvenes que carecen de tierras y que no fueron adjudicatarias de hijuelas en el momento de dividirse las comunidades.

En cuarto lugar, se pretende terminar con los innumerables juicios derivados de la tenencia irregular de tierras, divisiones de hecho de las tierras, juicios hereditarios, de deslindes, entre otros, por cuanto permitirá que los herederos puedan subdividir los terrenos hereditarios y adjudicarse en dominio individual y exclusivo hijuelas por hasta $\frac{1}{2}$ ha de superficie.

En quinto término, restablecerá la igualdad jurídica entre los indígenas y los no indígenas, ya que actualmente a los no indígenas se les permite subdividir sus tierras hasta en $\frac{1}{2}$ hectárea de terreno (decretos leyes N° 3.516 y N° 2.695). Con ello, además, se terminará con una verdadera discriminación encubierta al pueblo mapuche, por cuanto actualmente los no indígenas pueden acceder libremente a los programas y subsidios estatales, al poder subdividir hasta $\frac{1}{2}$ hectárea de terreno; no así los indígenas, que solo pueden subdividir hasta 3 hectáreas, previa autorización judicial.

Sostuvo que, en su concepto, resulta esencial aprobar la iniciativa legal, para de esta forma regularizar y sanear una situación existente que afecta a más de 18.000 hermanos.

Conforme con lo anterior, es preciso, además, hacer presente que la propuesta o proyecto debe abordar las siguientes materias.

En primer lugar, se debe permitir expresamente la subdivisión de todas las tierras indígenas hasta $\frac{1}{2}$ hectárea, o 500 metros cuadrados, en su caso, tratándose de transferencias a cualquier título a un ascendiente o descendiente para el acceso a programas habitacionales.

En segundo término, es necesario establecer un único estatuto para la subdivisión de terrenos indígenas, de tal modo de permitir que todos los terrenos indígenas puedan ser subdivididos, específicamente todos los terrenos a que se refieren los artículos 12 y 20 de la ley 19.253, de manera que no quede duda alguna respecto de su aplicación.

Un tercer aspecto consiste en establecer plena igualdad jurídica en lo que se refiere a la subdivisión de terrenos que tengan la calidad de indígenas, respecto de los que no la tienen.

En cuarto lugar, se tiene en vista permitir expresamente la subdivisión de tierras indígenas derivadas de la sucesión por causa de muerte, entre herederos.

En quinto término, resulta indispensable incorporar, explícitamente, la calificación de tierras indígenas a los lotes resultantes de la subdivisión.

Un sexto aspecto considera incorporar la exención del trámite de la insinuación para el caso de las enajenaciones a título gratuito (donaciones).

Finalmente, en séptimo lugar, es menester eliminar el procedimiento de autorización judicial y de informe favorable de la CONADI para proceder a subdividir las tierras indígenas, ya que entraba aun más el procedimiento para subdividir.

En términos generales, este trámite judicial, en la actualidad, demora alrededor de dieciocho meses, ya que sólo el informe favorable de la CONADI es evacuado en alrededor de un año.

Por otro lado, la autorización judicial, en el ordenamiento jurídico, se utiliza generalmente para suplir la voluntad de personas incapaces o de personas ausentes, o bien, de personas que, por cualquier causa o motivo, no pueden dar su consentimiento para la celebración de un determinado acto o contrato.

Tratándose de personas indígenas, no cabe duda de que éstas son plenamente capaces para celebrar todo tipo de actos y contratos, de modo que las limitaciones que establece la ley Indígena se restringen la enajenación de las tierras dentro de una misma etnia.

En síntesis, siendo los indígenas plenamente capaces para enajenar sus tierras a personas de una misma etnia, no se justifica que deban pedir autorización judicial para subdividirlas. La tierra no crece, pero sí crece la población indígena. En este sentido, existen 18.000 demandas concretas de subdivisión.

Los mapuches quieren igualdad con los no mapuches para acceder a la tierra que les dejan sus padres. Los padres mapuches, como todos los padres, desean dejar a sus hijos la tierra; pero, para ellos, esto no es posible.

En cuanto al peligro del minifundio, advirtió que ello se puede producir actualmente, ya que cualquier mapuche con recursos puede comprar tierras. De hecho, el futbolista Marcelo Salas ya ha comprado 3 fundos en la IX Región, con más de 400 hectáreas.

Concordó, por otra parte, en que poseer $\frac{1}{2}$ ó 3 hectáreas, desde el punto de vista económico y productivo, no hace mayor diferencia. Sin embargo, la diferencia radica en que los que poseen menos de 3 hectáreas no tienen derecho a título.

Sostuvo que los conflictos que se teme que produzca esta modificación ya existen en el interior de las comunidades. La CONADI ha mediado en 2000 casos de conciliación, por problemas de tierras.

Consideró que el tema productivo, de los mercados y de la comercialización, debe ser analizado más adelante, ya que es independiente de la subdivisión de la tierra. De hecho, las tierras de más de 3 hectáreas también afrontan problemas productivos.

En otro orden de materias, denunció que todo el borde de los lagos Calafquén y Lanalhue, siendo tierras indígenas, no está en manos de indígenas.

En cuanto a los recursos que se requerirían para llevar a cabo la subdivisión, estima que los 500 millones de pesos que la CONADI destina para el derecho real de uso se pueden emplear en esta materia. Asimismo, existe el programa del Ministerio de Bienes Nacionales para saneamiento de títulos.

Por último, expresó que el reglamento de subsidio de tierras, en actual discusión ante el Consejo, dispone el 50% del Fondo para propiedad individual y el 50% para propiedad colectiva, que antes correspondía al 20% y al 80%, respectivamente.

4. Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera.

El señor Rodrigo **Lillo**, Investigador del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, señaló que el Instituto de Estudios Indígenas es un organismo académico, cuya actividad principal es la investigación y la promoción de los derechos de los indígenas y que forma parte de la Universidad de la Frontera.

Está compuesto por más de 20 investigadores de distintas especialidades y origen étnico. Fue fundado en 1994 y, desde entonces, ha realizado un importante aporte para el respeto del pluralismo y la multiculturalidad en el país.

En relación con la modificación propuesta respecto al artículo 17, expresó que es útil recordar que la ley N° 19.253, conocida como “ley Indígena”, fue considerada durante mucho tiempo como un logro para los pueblos indígenas en Chile y un avance en la protección de los derechos de los indígenas por parte del Estado chileno.

El propio relator de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, lo ha destacado: “Con el retorno a la democracia en 1989, se inicia una nueva etapa en las relaciones históricas entre los pueblos indígenas y el Estado chileno, materializada en el Acuerdo de Nueva Imperial, suscrito por el entonces candidato a la Presidencia de la República Patricio Aylwin y los representantes de las diversas organizaciones indígenas y que culminó, en 1993, con la ley N° 19.253 (ley Indígena), en la que, por primera vez, el Estado chileno reconoce derechos específicos a los pueblos indígenas y expresa su intención de establecer una nueva relación con ellos”⁹.

Esta ley data del 5 de octubre de 1993 y su proyecto fue presentado al Congreso Nacional junto a otras propuestas que profundizaban la protección de los derechos indígenas en Chile. Se trata de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y de la reforma constitucional que reconocía la existencia de los pueblos indígenas y sus derechos. Sin embargo, estas últimas dos propuestas no han sido aprobadas hasta ahora.

La ley Indígena dispone el deber del Estado de “respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación” (artículo 1º). Dicha protección de las tierras se realiza en la ley a través de diferentes mecanismos, en lo que se considera uno de los aspectos más fundamentales de la ley y que constituye una antigua aspiración de los indígenas.

Por una parte, la ley prescribe que uno de los deberes de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena lo constituye el otorgamiento de protección legal a los indígenas en sus conflictos por tierras y aguas (artículo 39, letra d). Por otra parte, la misma Corporación administra un Fondo de Tierras (artículo 20), a través del cual se pueden ampliar las tierras o resolver conflictos de tierras.

Por último, la ley considera un estatuto de protección de las tierras indígenas, que fija un régimen de propiedad especial, así como en otros casos, en que, por razones muy importantes, el legislador ha considerado importante instituir reglas que difieran del estatuto común del dominio a que están sometidos, en general, los bienes.

Este estatuto especial consiste en la aplicación de una serie de restricciones que afectan la libertad para disponer de la propiedad, como la imposibilidad de enajenarla a quien no pertenezca a la misma etnia, la imposibilidad de arrendarla por más de cinco años, la prohibición de embargo y la

⁹ Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición Misión a Chile; párr. 12.

sujeción a la autorización de la Corporación para ser hipotecada y permutada, entre otras restricciones.

Adicionalmente, con objeto de impedir el minifundio, precisamente porque se quería conservar la calidad agrícola de estas tierras y de sus dueños, se estatuyó la indivisibilidad de algunas tierras indígenas, como aquellas que fueron producto de la división efectuada conforme con el decreto ley 2.568, de 1979, y las que se dividieran de acuerdo con esta ley. Sólo sería posible hacerla, previa autorización judicial, por razones fundadas y siempre que no resultaren de ella lotes inferiores a 3 hectáreas.

El estatuto de protección constituye, por tanto, un todo, que se justifica en base a razones de principios e históricas. Los argumentos expuestos para la reforma de la ley no se dirigen sólo en contra de esta última restricción (limitación a la subdivisión), sino que parecen estar orientados contra todo el estatuto especial. Por ello, sería inconveniente para la protección de los derechos indígenas una reforma que aboliera todo este estatuto.

El establecimiento de un estatuto de protección de la propiedad indígena, lejos de ser considerada como paternalista y restrictiva, había sido hasta la aprobación de la ley, una antigua demanda y aspiración del movimiento mapuche.

En efecto, durante el siglo XX (hasta fines de los 90'), la principal denuncia/demanda del movimiento mapuche se ha referido a los efectos de la ocupación militar de la Araucanía en las postrimerías del siglo XIX y a los conflictos derivados del acomodo de los "nuevos vecindados" en el siglo XX. Esto consiste en la ocupación territorial por parte del Estado en la campaña militar denominada "Pacificación de la Araucanía" y la posterior usurpación de que fueron objeto los mapuches por parte de los colonos o latifundistas llegados por obra y gracia de la ocupación y radicación realizadas por el Estado.

Es la primera acción la que significó una disminución más considerable en el territorio mapuche, ya que se dice que los indígenas perdieron cerca del 90% de su espacio de control en Chile¹⁰, que correspondía a unos 10 millones de hectáreas¹¹. Sin embargo, los actuales mapuches tienen muy presente en la memoria los contratos fraudulentos, "las corridas de cerco", los arriendos a 99 años, que sufrieron de parte de sus vecinos durante el siglo XX.

Según Bengoa (1985:372), se calcula que, en los primeros cincuenta años del siglo XX, casi un tercio de las tierras concedidas originalmente en títulos de merced fueron usurpadas por particulares. Según Fernández (1985:29), desde 1927 hasta la década del setenta, los colonos transformados en latifundistas han usurpado el 25% (unas 131.000 hectáreas) de las 526.286 asignadas originalmente¹².

Atendida esta demanda, que tenía que ver con la protección de la tierra y que se expresaba en el movimiento desde principios del siglo XX¹³, la legislación de 1993 consideró una protección singular para las tierras de los indígenas

¹⁰ CEDM Liwen y Marimán, José. "Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional". Centro Estudios y Documentación Mapuche Liwen y Fundación para el progreso humano. Santiago, 1990 (p. 31); p. 14.

¹¹ Consejo de todas las Tierras. "El Pueblo Mapuche, su territorio y sus derechos". Consejo de Todas las Tierras, Temuco, 1997. (p. 112); p. 12.

¹² Calfucura, Jorge. "El proceso legal de abolición de la propiedad colectiva: el caso mapuche"; en www.soc.uu.se/mapuche. 1998; p. 4.

¹³ Marimán, Pablo. Tierra y legislación indígena: una mirada desde el programa del movimiento mapuche (1910-1970); en Liwen N° 4, *Anuario del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen*. Santiago, 1997 (p. 143-171).

tituladas por el Estado, que se traduce en lo que Jaime López denomina como mercado restringido de tierras indígenas¹⁴.

Una reforma como ésta debe entenderse también, por lo mismo, en su contexto histórico, en una situación de pérdida territorial que no se agotó con la ocupación de la Araucanía, sino que se proyectó hacia el período de conformación de la propiedad actual de tierras en la Octava y Novena Regiones, hasta avanzado el siglo XX. Los mapuches (especialmente) buscaron mecanismos que pudieran oponer a sus nuevos conquistadores (en lugar de la guerra), y optaron por la ley.

Probablemente, el mayor despojo territorial no lo sufrieron en esta etapa (primera mitad del siglo XX), sino, precisamente, con la ocupación militar de la Araucanía por el ejército chileno. Actualmente, sus principales conflictos no son con sus vecinos, ni por usurpaciones de tierra, sino, como en otras latitudes, son por la tenencia, la administración y la protección de los recursos naturales. No obstante aquello, pareciera que el estatuto especial de tierras indígenas sigue siendo considerado como un logro por los indígenas, al cual no se puede renunciar; al menos, mientras no existan otros mecanismos más eficientes para su objetivo y el del Estado chileno: conservar sus tierras y su identidad.

Se esgrimen como razones para aprobar la reforma que ella vendría a resolver problemas fundamentales para los indígenas¹⁵. Entre otras dificultades, se menciona que el acceso a un título de dominio es un requisito para acceder a una vivienda y a otros subsidios estatales.

Esto, en estricto rigor, no es así. Para postular al subsidio de la vivienda, la ley ha creado un sistema, según el cual no es necesario poseer un título de dominio, sino que basta con acreditar la tenencia de un retazo de tierra, mediante la escrituración de una cesión de derecho real de uso concedida por un pariente (artículo 17, inciso cuarto). Este trámite se ha venido haciendo exitosamente todos estos años, por la propia Corporación y por el Servicio de Vivienda y Urbanización del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. En todo caso, no se aprecia motivo para oponerse a la parte final del inciso octavo que se propone; esto es, para la transferencia entre parientes del primer grado, por una vez, y para la construcción de una vivienda.

No se advierte obstáculo para que, mediante este trámite, u otro similar, pudiera accederse a otros subsidios, como los concedidos por el Instituto de Desarrollo Agropecuario, la Corporación Nacional Forestal, entre otras instituciones.

Por último, se menciona un problema que sí parece estar muy presente entre las familias campesinas mapuches del sur de Chile, como lo es la imposibilidad de dividir las tierras entre coherederos, la cual impide la partición de la herencia y causa largos y agudos conflictos intrafamiliares.

¹⁴ López, Jaime. "Las Tierras Indígenas en la Ley 19.253", en *Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche*, volumen especial de la revista CUHSO, del Centro de estudios Socioculturales de la Universidad Católica de Temuco. Temuco, 1999 (p. 8-39); p. 8.

¹⁵ En verdad, estas dificultades sólo tienen importancia para el caso de los mapuches, ya que, en el caso de los otros pueblos, esto no se considera un gran obstáculo. En el caso de los aimaras y atacameños, su dificultad lo constituye el acceso al agua y la actividad de la gran empresa minera; en el de los Rapa Nui, la tenencia de la tierra y un régimen de autonomía, y en el de los indígenas de los canales del sur, tiene que ver más con la subsistencia como pueblo y cultura.

Para este tipo de casos, la tentación de la solución rápida y sencilla, que parece ofrecer la subdivisión, puede hacer caer en el error de pensar que ésta es el instrumento apropiado para salvar tales dificultades.

No obstante, también pueden encontrarse otras opciones más abiertas, que permitieran armonizar el deseo de resolver un conflicto entre herederos, evitar el minifundio y respetar los derechos de los indígenas. Se puede recurrir a otros mecanismos que los propios indígenas utilizaban. Para ello, es necesario recoger y fomentar el uso de las costumbres o del derecho consuetudinario, tal como se ha reconocido en otras legislaciones.

Existen diferentes fórmulas para ello, por materia, por territorio jurisdiccional, entre otras, siempre con la limitante de que estas soluciones sean respetuosas de los derechos humanos. Esta restricción debe interpretarse de manera que armonice el respeto de los derechos humanos con el derecho de los pueblos indígenas a conservar su identidad.

Este procedimiento, así como otros orientados a las soluciones alternativas, como la justicia comunitaria, los jueces de paz¹⁶, pueden facilitar encontrar fórmulas para resolver o manejar estos conflictos entre herederos, sin tener que afectar el patrimonio indígena.

Mediante la subdivisión, se mantendría la condición agrícola de las tierras, evitando la migración campo-ciudad. No obstante, en verdad, pareciera que la subdivisión fomentará la disminución progresiva de la cabida de tierras agrícolas de los indígenas, pues la población indígena aumentará de manera más rápida que las tierras, provocando, en definitiva, la migración que se trata de evitar.

Por otra parte, la reforma no aclara las dudas que presenta el artículo 17, en cuanto a las tierras a las cuales se les aplica esta limitación. En efecto, el artículo 17, en su inciso primero, se refiere a las tierras resultantes (ni siquiera a las tierras indígenas) de las divisiones realizadas en conformidad con el decreto ley N° 2.568 y con esta ley.

Pero, de acuerdo con el artículo 12, es claro que existen otras tierras indígenas: las que provienen del saneamiento realizado conforme con el decreto ley N° 2.695 y las de título de comisario. Cabe preguntarse a cuáles se aplica esta nueva divisibilidad: a todas las tierras indígenas o sólo a las del artículo 17.

Estimó también que, para reformar la ley Indígena, resulta pertinente oír las voces indígenas: no sólo las del particular que ha sufrido estas dificultades, sino que, por tratarse de intereses colectivos de los pueblos indígenas, debe llamarse a sus representantes (Consejeros de la CONADI, líderes de organizaciones).

No parece ser suficiente apelar a la necesidad de liberalización de los mercados y uniformización de las reglas del juego, por lo menos para que la ley siga teniendo un contenido de protección de los derechos indígenas.

Si se está convencido de que la propiedad privada es la mejor manera que se ha inventado para administrar los bienes, el respeto de la diversidad implica aceptar que otras culturas y otros pueblos inventen, reinventen y utilicen otras (sin excluir la posibilidad de que recurran también a la propiedad). La tarea consiste, más bien, en la manera de armonizar y coordinar unas y otras dentro de un Estado.

Es claro que, desde antiguo, aunque probablemente morigeradas por la asimilación e incorporación, los indígenas han tenido formas propias para

¹⁶ Incluido en el proyecto original de la ley Indígena.

administrar sus bienes, muchas de ellas más colectivas que el régimen de dominio, más trascendentes (pues incorporan aspectos supramateriales), y más parecidas al usufructo, porque no dan lugar a una disposición absoluta.

En la moderna concepción de los derechos humanos, la tendencia consiste en dar cabida a estos regímenes y brindarles protección. Es lo que ocurre con el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 13 incorpora el concepto de territorio, que alude a un sentido muy diferente al de dominio y, en cambio, se acerca más al de jurisdicción; que incluye no sólo el suelo, sino también el hábitat y "...comprende el medio ambiente total de las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado de otra forma"¹⁷.

En el mismo sentido, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de *awas tingni*, dispone que el derecho de propiedad debe entenderse en el caso de los indígenas, incorporando la concepción comunitaria y cultural.

El liberalismo es un pensamiento profundamente democrático, pero no es forzoso ser liberales -en un sentido clásico- para ser democráticos. El liberalismo se encuentra en un dilema en la época contemporánea, que consiste en la forma en que se incorpora la diversidad.

El liberalismo no ha sido en verdad neutro en este sentido. Forjó un "Estado Liberal", a través del cual promovió una forma de pensamiento liberal, una forma de gobierno liberal, unos derechos liberales y una propiedad liberal.

Por consiguiente, es posible defender, en este tiempo, como lo hace Kymlicka, otro liberal, la idea de que el Estado puede promover diferentes visiones respecto de cómo construir una sociedad.

Consultado, opinó que no es conveniente un sistema de saneamiento transitorio, ya que el problema continuará produciéndose. Coincidió en que la sociedad mapuche es mayoritariamente urbana y la legislación se refiere específicamente a los indígenas rurales.

Consideró que esta normativa no trata a los indígenas como incapaces, por el hecho de no poder vender sus tierras, ya que hay otros estatutos especiales, como las tierras que están en la frontera, que se encuentran sometidas a un régimen diferente. Es decir, lo que está restringido es la tierra, no la persona del mapuche.

Por otra parte, concordó en que la sociedad mapuche es muy dinámica y ha sufrido grandes cambios. Sin embargo, la cultura y la identidad mapuche se mantienen muy fuertes, aun en las ciudades, y se definen por dos elementos.

En primer lugar están, el origen, el lugar de donde viene, el sector, la tierra. El segundo elemento es el árbol genealógico. El indígena urbano mantiene su relación con la tierra, con su lugar de origen y vuelve a él cuando puede. Le pareció que, si se liberaliza la propiedad indígena, se perderá ese vínculo o se crearán otros.

Sostuvo que la relación con las cosas, en la sociedad indígena, no se limita al dominio, sino, también a derechos como el uso y el usufructo. Muchas de estas tradiciones se han perdido, porque la sociedad chilena ha forzado que se pierdan.

¹⁷ Bengoa, José, 1994; op. cit., p. 9.

Un machi, en Carahue, explicaba que una forma de distribuir la herencia era que, luego de velar al difunto, la familia se reunía y se hacía una asamblea para distribuir los bienes del fallecido, dejando a un hijo a cargo de administrar la tierra, sin dividirla.

Por ello, juzgó necesario investigar más en este sentido y estimular la adopción de mecanismos familiares de solución de conflictos para la distribución de las herencias.

5. Escuela de Antropología de la Universidad de Chile.

La señora María Antonia **Benavente**, Directora de la Escuela de Antropología de la Universidad de Chile, informó que se consultó a otros investigadores de la unidad académica que trabajan en temas indígenas. El análisis y la discusión antropológica sobre los efectos del proyecto de ley en cuestión en las comunidades indígenas permite concluir lo siguiente.

En la primera consideración del proyecto de ley, según la esencia de la ley Nº 19.253, se reconoce el principio fundamental de respeto, protección y promoción del desarrollo de las comunidades indígenas, sus culturas y territorios. Para lograr estos objetivos, el Estado chileno creó un estatuto especial que las exime del Derecho Civil, común y general, especialmente en lo que respecta a las limitaciones de la libertad de enajenar, dividir y subdividir sus tierras.

Sin embargo, las modificaciones que se proponen para la ley en cuestión atentan contra este principio general y los objetivos expuestos, ya que, al disminuir el mínimo de hectáreas para la subdivisión, rebajándolo desde tres a media hectárea, se producirán efectos nocivos sobre la existencia de las comunidades indígenas, su integridad territorial, sus culturas, sus identidades étnicas y su desarrollo.

Las comunidades indígenas rurales basan su existencia en la posesión de un territorio, una cultura, una historia y una identidad comunes. Los estudios arqueológicos, etnohistóricos y antropológicos de las diversas poblaciones indígenas de Chile destacan sus formas de organización comunitaria con fuertes vínculos de cooperación intra y extrafamiliares, desde las primeras bandas de cazadores y recolectores hasta las comunidades actuales.

Toda modificación de la ley Nº 19.253, como en este caso, debe considerar sus efectos sobre la existencia de las comunidades indígenas y su identidad étnica, así como su impacto negativo sobre la integridad territorial, una de las bases fundamentales para la vigencia de las comunidades indígenas y su endodesarrollo.

Las modificaciones de la ley Indígena propuestas fomentarán el incremento de los minifundios y una disminución del tamaño de los predios a niveles que afectarán la viabilidad de unidades de producción agropecuaria capaces de permitir la subsistencia de las familias campesinas indígenas. Esto provocará una mayor emigración hacia los centros urbanos, lo cual aumentará los sectores de extrema pobreza, discriminación y exclusión social.

Un predio de media hectárea es totalmente insuficiente para el sustento de una familia campesina, por su tamaño, por la baja calidad de los suelos agrícolas, por el insuficiente nivel de asociatividad, por la escasa asistencia técnica y crediticia, por la deficiente capacitación para el emprendimiento y por el poco conocimiento de los mercados agrícolas modernos. Por lo tanto, los pequeños productores indígenas no se encuentran en condiciones de competir exitosamente

en mercados nacionales globalizados en base a modelos de organización individuales. En consecuencia, se requiere crear formas de asociatividad que los unan bajo modelos de cooperación comunitaria.

En el caso de la propuesta de modificación contemplada respecto del inciso final del artículo 17, referente a las transferencias de dominio, a cualquier título, a ascendientes o descendientes del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, para construir una vivienda, se considera que no afecta a la integridad territorial ni, por ende, a la existencia de las comunidades indígenas siendo más bien beneficiosa para las poblaciones indígenas rurales, ya que posibilita el acceso a los beneficios que otorga el Estado a través de programas de viviendas rurales y dotación de equipamiento comunitario.

6. Instituto Libertad y Desarrollo.

La señora Ena **Von Baer**, Investigadora del Programa Político del Instituto Libertad y Desarrollo, señaló que, según el censo del año 2002, la población perteneciente a etnias indígenas es de 700 mil personas, esto es, el 4,6% de la población total del país. De ellas, el 87% son de origen mapuche.

Cuando se habla de población indígena, es necesario tener presente ciertas cifras. Según la encuesta Casen del año 2000, el 63% de la población indígena es urbana y el 37% es rural. Es decir, la mayoría de la población indígena actual vive en las ciudades.

En cuanto a la pobreza y a la indigencia, destacó que, según la misma encuesta, el 11% de la población indígena está en indigencia, en contraposición al 5,7% del total de la población. A su vez, el 32,2% de la población indígena está en condición de pobreza, en circunstancias que la cifra total del país es del 20,6%. Asimismo, la indigencia y la pobreza son aun mayores en los sectores rurales que en los urbanos.

Sostuvo que, cuando se habla de la legislación indígena, es necesario tomar en consideración que se trata de una población con graves problemas de desarrollo socioeconómico, lo que debe ser tomado en cuenta al dictar la legislación.

Asimismo, junto con el desarrollo cultural, es necesario tomar en cuenta el tema cultural. Se consultó a las comunidades rurales de la IX Región sobre cuáles deberían ser las tres prioridades de la política indígena del Gobierno. Las dos primeras corresponden a desarrollo económico: “ayuda para producir y vender”, el 20%, y “más empleo y mejores salarios”, el 19%.

En el tercer lugar, con el 14%, aparecen la “devolución de tierras” y “mejorar la salud”. Hay un anhelo de la población indígena por desarrollarse económicamente y salir de la pobreza y de la indigencia. Esto no está en contradicción con la mantención de su cultura.

A continuación, exhibió datos de los “Diálogos Comunales”, de Mideplán, 1999, que grafican que la demanda indígena se inclina, en el 40%, por infraestructura y servicios; en el 32%, consiste en una demanda económico-productiva; en el 15%, es de tipo sociopolítica y, en el 12%, contiene una demanda por tierras.

Explicó que la cultura mapuche es dinámica y que ha sufrido cambios fundamentales. Antes de la llegada de los españoles, era una sociedad cazadora, recolectora y horticultora. En el siglo XVIII, se dedicaba a la ganadería expansiva.

José Bengoa así lo explica: “Pensamos que, a partir de mediados del siglo XVIII, ya había otra sociedad mapuche que la conocida por los españoles a su llegada. Hay elementos constantes -lengua, costumbres, tradiciones-; pero los aspectos principales habían cambiado”¹⁸.

Desde la “Pacificación de la Araucanía”, se produce la radicación. Se les asignan tierras a los indígenas en forma comunitaria. “A pesar de que los mapuches cultivaban la tierra desde muy antiguo, no poseían una cultura agrícola propiamente tal...” “Como dicen los viejos mapuches: Antes éramos guerreros; nos transformaron en sembradores”¹⁹.

Actualmente, el 63% de la población indígena vive en las ciudades. Un porcentaje importante se dedica a la panadería. En todo caso, los indígenas urbanos han conservado su acervo cultural.

En este contexto, se preguntó si el Estado tiene el derecho a decidir cuáles son los elementos fundamentales de la cultura indígena y si la base de esa cultura es la tierra. Cada indígena tiene derecho a decidir si quiere ser agricultor o si quiere dedicarse a cualquier otra actividad.

Del mismo modo, se preguntó si el Estado puede limitar los derechos de los indígenas con el fin de conservar cierto tipo de cultura indígena, es decir, si puede obligarlos a permanecer en el campo, a través de la imposibilidad de vender la tierra.

Según José Bengoa, la comunidad indígena fue creada con la radicación indígena y la entrega de títulos de merced: “Los protectores indígenas se dieron cuenta rápidamente de que la comunidad nunca había existido entre los mapuches, a lo menos según la imagen idealizada que los filósofos románticos han expandido por occidente. Sin embargo, es y ha sido de una enorme dificultad explicar a los no entendidos, y a los propios indigenistas muchas veces, que el concepto de comunidad es extraño a la sociedad mapuche y sólo aparece conflictivamente en la etapa postreduccional (...). La agrupación por familias, por varias familias muchas veces en una sola reducción, fue fuente de conflictos, ya que en ese nivel no había mecanismos de reparto de la tierra, de trabajo colectivo, de distribución de los productos”²⁰

De hecho, la ley Indígena comprende diversos mecanismos de devolución de tierras: el subsidio que se da a una familia, la compra directa que realiza la CONADI y la entrega de predios fiscales. Estos dos últimos sistemas, que han sido los más utilizados, suelen aplicarse a las comunidades, lo que ha causado muchos conflictos. La comunidad trabaja la tierra en forma individual, por lo que tiende a dividirla.

Continuó citando a José Bengoa. Leyó: “Cada familia vivía en la subsistencia autónoma y poseía algunos mecanismos de cooperación; en la agricultura, por ejemplo, cada uno poseía sus terrenos, sus animales, etc. Junto a ese enorme individualismo básico familiar, se poseía una solidaridad total y férrea en los terrenos militar, ceremonial y en todas las acciones colectivas. No había, por tanto, comunidad sobre los bienes privados; los recursos productivos eran de apropiación familiar”²¹.

¹⁸ José Bengoa, Historia del Pueblo Mapuche pág. 363.

¹⁹ José Bengoa, Historia del Pueblo Mapuche pág. 360.

²⁰ José Bengoa, Historia del Pueblo Mapuche pág. 360.

²¹ José Bengoa, Historia del Pueblo Mapuche pág. 361.

Consultadas las comunidades rurales de la IX Región, en el año 2003, respecto de que cuando el Gobierno entrega tierras, debería dárselas a la comunidad u otorgarle a cada familia un porcentaje de ellas por separado, el 98% opinó que debe entregársele a cada familia un porcentaje por separado.

En cuanto al número de autorizaciones de subdivisión, según la CONADI, de 20, en el año 2001, se pasó a 53, en el 2002, y a 72, en el 2003.

El artículo 16 de la ley N° 19.253 dispone que la división de las tierras provenientes de títulos de merced debe ser solicitada formalmente ante el Juez competente, por la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios residentes en ellas. El Juez divide, previo informe de la CONADI.

Las tierras a que se refiere el artículo 17 son las que prescribe el decreto ley N° 2.568, de 1979. Son indivisibles, a excepción de la construcción de locales religiosos, comunitarios, sociales o deportivos. Para permitir la subdivisión, se requiere que se trate de motivos calificados, previo informe de la CONADI y que las parcelas resultantes de la subdivisión no sean inferiores a tres hectáreas.

El resto de las tierras cae bajo el derecho común, esto es, el decreto ley N° 3.516. Es decir, existen tres estatutos distintos para dividir las tierras indígenas. En ese sentido, la idea fundamental es que los propios indígenas puedan decidir, tanto en materia de cultura como de tierras, y que no decida el Estado por ellos.

Por eso, en la misma línea de la moción, se propone flexibilizar la división de las tierras indígenas y establecer un estatuto único que regule esa división.

Sin embargo, sugirió, además, aplicar a las tierras indígenas la normativa de derecho común que rige la división de predios rurales, que ya es bastante rígida. De esa manera, quedaría un solo estatuto de subdivisión, empleado para todas las tierras rurales.

Por otra parte, recordó que la protección de las tierras indígenas se basa en el supuesto de que la tierra es la base para la conservación de la cultura indígena. Por ello, la ley 19.253 restringe el derecho a propiedad de los indígenas, las que no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción.

Los indígenas están “amarrados a sus tierras”, lo que restringe fuertemente sus posibilidades de desarrollo. Esas tierras no pueden ser dadas en garantía, por lo que tampoco les permiten acceder a créditos.

Consultadas las comunidades rurales de la IX Región, en el año 2003, en cuanto a si creen que los mapuches deberían tener el derecho a vender libremente sus tierras, en el segmento entre dieciocho y treinta y cuatro años, el 59% respondió afirmativamente. El 45% de las personas entre treinta y cinco y cincuenta y nueve años estuvo de acuerdo con tal libertad. Sólo el 38% de los encuestados entre sesenta y ochenta y cuatro años adhirió a esta posibilidad.

En esto se nota una importante división generacional, por lo que la presión por la liberalización de las tierras aumentará de aquí a unos veinte años. En tal sentido, propuso atender a las propias demandas de los indígenas, en orden a que ellos mismos puedan decidir el tipo de propiedad que quieren, igualando el derecho de propiedad de los indígenas con el del resto de los chilenos.

Dada la importancia de la tierra para algunos indígenas, sugirió establecer un estatuto jurídico especial para que aquellos que quieran prohibir la venta de sus tierras lo puedan hacer.

Estimó que, en el último tiempo, los litigios se han producido por la entrega de tierras por parte de la CONADI a algunas comunidades. Por ello, es preciso apoyar la concesión de subsidios, en propiedad individual.

Advirtió que la subdivisión no creará más pobreza, ya que deberá apoyarse en un buen desarrollo económico de los indígenas. De hecho, los campos que se han entregado en comunidad están sin producir, ya que los indígenas trabajan en forma individual.

Uno de los principales problemas es el de la educación. Para sacar a los indígenas del subdesarrollo, es indispensable mejorar la educación y diseñar buenos proyectos de desarrollo.

Aclaró que es efectivo que los indígenas que viven en las ciudades conservan un vínculo con su lugar de origen, a través de las tierras que tienen sus familiares. Sin embargo, el Estado no puede, por esa razón, obligar a esos indígenas a mantenerse viviendo en esas tierras.

En tal sentido, sugirió establecer un sistema en que los espacios comunitarios, los lugares donde se lleva a cabo la vida comunitaria, mantengan ese carácter.

Por ello, se ha elaborado esta propuesta de establecer un estatuto especial, sobre la cual se va a trabajar, lo que permitirá a cada indígena hacer lo que estime conveniente con su tierra: venderla, dividirla o prohibir su venta, entre otras alternativas.

7. Ministerio de Bienes Nacionales.

La señora Jacqueline Weinstein, Subsecretaria de Bienes Nacionales, sostuvo que la moción es oportuna y pertinente. Hizo presente que los pueblos indígenas son un grupo prioritario para la acción del Ministerio, en convenio con la CONADI.

Expresó que el artículo 17 de la ley Indígena dispone la indivisibilidad de las tierras indígenas, pero no se refiere a todas las tierras, sino sólo a las provenientes del decreto ley N° 2.568, de 1979, que dividió las comunidades indígenas mapuches, es decir, aquellas comunidades que se acogieron a esa normativa.

Explicó que lo que estuvo en la base de esa normativa fue la escasa superficie que tenían estas hijuelas, en las VIII, IX y X Regiones.

A continuación, proporcionó antecedentes generales acerca de la labor de regularización que ha llevado a cabo el Ministerio entre los años 1990 a 2003.

Informó que, a través de diversos actos administrativos, el Ministerio ha regularizado 302.000 hectáreas en favor de comunidades indígenas. El 31% de los beneficiados corresponde a comunidades o familias mapuches.

Por otra parte, señaló que el saneamiento de tipo individual o familiar corresponde al 10% y el saneamiento para comunidades al 90%. Las hectáreas saneadas en forma individual son 29.036, de las cuales el 89% pertenece a la etnia mapuche.

De las 5.940 familias beneficiadas, 4.942 viven en la IX Región. El promedio de hectáreas regularizadas es de 4,9 por cada propietario.

En el año 2001, la ODEPA y la CONADI realizaron un estudio, de acuerdo con el cual la demanda potencial de regularizaciones alcanzaría a las 14 mil. Esta cifra podría duplicarse si se disminuyera el mínimo de 3 a 0,5 hectáreas.

Un estudio llevado a cabo por el Ministerio en la IX Región, en este año, sobre el perfil de las familias indígenas favorecidas con las regularizaciones, muestra que se trata de familias pobres, cuyo 99% vive en el mundo rural, con una baja escolaridad. El promedio de superficie regularizada es de 6,6 hectáreas.

Asimismo, el estudio indica que el 51% de los favorecidos son mujeres jefas de hogar, que el 45% se dedica a las labores de casa y el 47% restante a la agricultura, con una producción agrícola de subsistencia. El 14% no cuenta con servicio eléctrico.

En cuanto a la moción, señaló que el Ministerio le otorga su respaldo, por cuatro razones fundamentales.

En primer lugar, afirmó que el minifundio se está produciendo de todas maneras, ya que el título global, que se otorga a la comunidad, no da cuenta de la realidad en el interior del predio. Se asientan grupos familiares sin posibilidad de regularizar la posesión. Sólo pueden acogerse al derecho real de uso para fines exclusivamente habitacionales.

En segundo término, no se quiere discriminar a los indígenas respecto de la normativa común, en particular por los problemas sociales que no encuentran solución, ya que, al no poseer título de dominio, no pueden acceder a los subsidios estatales.

La normativa común permite subdividir hasta en 0,5 hectáreas, a efectos de construir una vivienda para un ascendiente o descendiente. Se fundamenta en estos mismos problemas sociales, es decir, en la falta de acceso a políticas estatales de vivienda y otros.

Un tercer aspecto se relaciona con que el derecho real de uso es muy limitado, ya que la CONADI otorga aproximadamente 50 al año, lo que es insuficiente para satisfacer la demanda existente, además de que no da cuenta integral del problema que se quiere solucionar.

En cuarto lugar, se desea dar una solución de manera real y clara a la falta de regularización en las Regiones VIII, IX y X.

En todo caso, advirtió que la aprobación de esta moción ocasionará una explosión de la demanda, de 14 mil a alrededor de 28 mil solicitudes de regularización, y que el Ministerio no cuenta con los recursos ni con la capacidad técnica ni profesional para canalizar estas postulaciones.

Consultada, precisó que los predios que el Ministerio ha regularizado cuentan, en promedio, con 4,9 hectáreas. En todo caso, ninguno de ellos supera las 10 hectáreas.

El decreto ley N° 2.695, de 1979, que permite regularizar la propiedad particular, establece requisitos muy claros. Es necesario probar la posesión material, por un plazo superior a cinco años, y que no haya habido violencia ni oposición al respecto.

En otro orden de materias, especificó que los subsidios estatales a los que podrían acceder los indígenas, de aprobarse esta iniciativa, serían el subsidio habitacional, el de agua potable rural, el de electrificación, el de reforestación y los del INDAP.

Respecto del derecho real de uso, adujo que éste no soluciona el problema de fondo y sólo permite el acceso a la vivienda. Consideró que el tema de fondo dice relación a la certeza jurídica que significa la propiedad inscrita.

Precisamente, ésta es la razón que fundamenta la actividad del Ministerio, que regulariza 15 mil terrenos anualmente, porque la gente necesita esa certeza jurídica, que abre la oportunidad de postular a diversos subsidios y de emprender nuevas actividades productivas.

IV. DISCUSIÓN Y VOTACIÓN DEL PROYECTO.

a) En general.

Los Diputados autores de la iniciativa recordaron que, cuando se dictó la ley Indígena, se coincidió en que tres hectáreas era un espacio mínimo de explotación, indispensable para la subsistencia de una familia. Sin embargo, en los hechos, en la IX Región, 18.000 familias indígenas viven en terrenos menores a tres hectáreas.

Explicaron que la moción tiene por objeto regularizar esta situación y no provocar la subdivisión de la tierra, ya que a nadie se lo obliga a subdividir si no está interesado en hacerlo.

Aclararon que esta iniciativa no alterará de ningún modo ni la tenencia de la tierra ni su uso agrícola, ni tampoco la cosmovisión mapuche de la misma. Su objetivo es permitir que el padre pueda subdividir sus tierras entre sus hijos, de manera que éstos no emigren a las ciudades, aumentando los cordones de pobreza e indigencia urbanos.

Al mismo tiempo, se facilitará a estos campesinos indígenas obtener todos los beneficios y subsidios a que pueden acceder aquellos que tienen la propiedad de sus tierras, al igualarlos frente al resto de la legislación y darles la posibilidad de decidir por sí mismos.

Consideraron innecesario darle tanta importancia a la dimensión agrícola, por cuanto los mapuches, históricamente, no han sido agricultores. Es claro que ½ hectárea resulta insuficiente para dedicarla a algún cultivo agrícola tradicional, pero podría resultar suficiente si es destinada a otras actividades productivas.

Es evidente que esta moción no resolverá el problema de la pequeña agricultura, porque no es ése su objetivo; pero, con la actual tecnología, que permite un cultivo intensivo, se puede explotar un terreno menor de tres hectáreas en forma eficiente.

La ley N° 19.807 permitió realizar esta subdivisión para las tierras no indígenas, por lo que no se ve la razón por la cual se discrimina respecto de la propiedad indígena. Se han reunido 7.000 firmas entre la población mapuche en respaldo de esta iniciativa.

Reconocieron que existe alguna aprensión en personas de la etnia mapuche. Ésa fue la razón del voto en contra de la iniciativa del Consejero José Santos Millao, quien teme que, al modificarse el artículo 13 de la ley, se permita la venta de tierras a los "huincas"; pero, evidentemente, eso está fuera de las ideas matrices de la iniciativa.

Por otra parte, hicieron presente que esta moción no vulnera en nada el espíritu de la ley Indígena, toda vez que, en su oportunidad, la Cámara de

Diputados aprobó 0,5 hectárea y fue el Senado el que elevó ese mínimo a 3 hectáreas.

Pusieron de relieve que las tierras, de ninguna manera, perderán su calidad indígena. Además, los indígenas requieren el título de dominio, tanto por una razón cultural como para que les sirva para obtener subsidios del Estado.

Sostuvieron que la ley 19.253 establece un derecho a la asimetría y una discriminación positiva para los pueblos originarios; pero, en este caso, la ley se ha transformado en una discriminación negativa. De hecho, el Juez que debe autorizar la subdivisión posee la facultad de denegarla si cree que las razones de los comuneros no constituyen "motivos calificados".

Expresaron la convicción de que las leyes se modifican de acuerdo con la realidad existente; por lo tanto, si la realidad cambia, también es necesario modificar la legislación.

Afirmaron que se debería tener en especial consideración el parecer de aquellos a quienes afecta la normativa que se pretende dictar, ya que no es fácil entender la cosmovisión del pueblo mapuche respecto a la tierra.

Destacaron que la CONADI, que es el organismo técnico en la materia y que cuenta en su seno con representantes de la etnia mapuche, ha emitido una opinión favorable a esta iniciativa, con sólo el voto en contra del Consejero Millao.

En cuanto a los beneficios que, en su concepto, acarreará esta moción, hicieron hincapié en la certeza jurídica que requiere cualquier persona, ya que, de lo contrario, no tendrá incentivo para trabajar adecuadamente la tierra si no se siente dueño de su propiedad.

En tal sentido, plantearon que el Gobierno debe crear programas especiales para las personas que subdividan sus predios, de modo que les permitan desarrollar tal actividad. Con este proyecto, los servicios del Estado se verán en la obligación de enmendar sus políticas de atención a los pequeños parceleros.

Puntualizaron que no existe un mercado de tierras, ya que los indígenas, en general, no tienen capacidad para comprar predios de más de 3 hectáreas, aunque podrían comprar parcelas menores.

Además, los herederos se ven imposibilitados para subdividir la tierra de sus padres, por lo que ella queda inmovilizada y no se trabaja adecuadamente, porque no existe certeza jurídica sobre su propiedad.

Del presupuesto de la CONADI, de 19 mil millones de pesos, 14 mil millones de pesos se destinan al Fondo de Tierras y Aguas, de los cuales 11 mil millones de pesos se ocupan en financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, que prescribe el artículo 20, letra b), de la ley Indígena.

Argumentaron que el derecho real de uso, que ha costado más de 500 millones de pesos a la CONADI, sólo soluciona el problema de la vivienda, pero no tiene por objeto regularizar la situación de las familias ni tampoco permite acceder a créditos, a capacitación o a otros beneficios, ya sean del INDAP o de otra institución, por la falta del título de dominio.

Señalaron que la CONADI, cuando experimenta presiones por la demanda de tierras en conflicto, emplea los fondos para solucionar esos problemas y destina pocos recursos para subsidios individuales. Los indígenas, culturalmente,

prefieren la propiedad individual por sobre la comunitaria, al menos, respecto de su explotación.

En tal sentido, el Fondo de Tierras debería orientar sus esfuerzos hacia la adquisición de propiedades individuales. En todo caso, manifestaron que el Director de la CONADI informó en la Comisión que el próximo año se revertiría esa tendencia.

La entrega de tierras en comunidad que ha hecho la CONADI ha creado mayores conflictos, ya que la cultura indígena no es una cultura que permita el trabajo comunitario de la tierra, ni una cultura estrictamente agrícola.

Por último, opinaron que la ley Indígena se dictó hace ya varios años y, como toda normativa, es susceptible de ser perfeccionada y adecuada, toda vez que una mayor flexibilidad en la división de la tierra permitiría mejorar las condiciones de desarrollo de los indígenas.

Durante el debate que se produjo en el seno de la Comisión respecto de esta iniciativa, se admitió que la moción apunta a solucionar un problema de hecho, pero se expresaron dudas respecto de si esta iniciativa sería el mejor mecanismo para lograr los objetivos planteados.

Si bien se valoró la finalidad que persigue la moción, se reflexionó respecto de sus implicancias, toda vez que se trata de una modificación de fondo de la legislación indígena.

Se manifestó preocupación por la posible desprotección en que quedarían las tierras indígenas, así como por las dificultades que implicaría realizar una eficiente labor agrícola en media hectárea de terreno.

Se argumentó que, tal como no podrán sobrevivir los campesinos no mapuches con pequeños terrenos, tampoco podrán hacerlo los pequeños agricultores mapuches, ya que un terreno de media hectárea no permite efectuar ningún tipo de cultivo en forma sostenible.

Por otra parte, las normas de protección de las tierras indígenas no han tenido una aplicación práctica, ya que no han originado progreso ni desarrollo. Además, si el proyecto apunta a regularizar una situación de hecho, sería conveniente establecer una legislación transitoria, con un plazo dentro del cual se pudiera optar a esta subdivisión.

En otro orden de materias, se dio a conocer inquietud por lo que sucederá en unos años más, cuando sobrevenga una nueva generación, al haberse subdividido la tierra en 0,5 hectárea y esos propietarios, a su vez, quieran subdividir sus tierras para entregárselas a sus hijos.

Por otra parte, si lo que se busca con esta iniciativa es resolver un problema de vivienda, existe el derecho real de uso que contempla la legislación común y que es aplicable a esta situación; pero esta iniciativa no permitirá el acceso a los programas del INDAP, ni ayudará a superar los problemas de pobreza que existen en el mundo campesino indígena.

Respecto de la capacidad de decidir de los mapuches, se hizo presente que la ley Indígena restringió muchos de los derechos individuales indígenas, para radicarlos en la CONADI, con el objetivo de "protección" de estos pueblos.

Por lo demás, en cuanto a la igualdad con el no mapuche, se señaló que, efectivamente, ésta no existe. De hecho, los campesinos no mapuches,

especialmente aquellos sin tierra, reclaman que carecen de un instrumento similar al Fondo para Tierras y Aguas Indígenas que les facilite la adquisición de tierras.

Se destacó que una medida de esta naturaleza puede no tener mucha implicancia en determinadas zonas, pero sí la tendrá en lugares con un atractivo turístico importante, como en la zona de Villarrica.

Se observó que los objetivos del proyecto se han abierto y que ya no se limitan a la vivienda, sino que también incluyen los aspectos turísticos y otros. Esta situación ya no tiene un sentido social, sino estrictamente económico, que cambia la intención de la propuesta.

No existe certeza de si se pretende sólo facilitar el acceso a la vivienda o, también, lograr otros efectos con este proyecto. La tierra tiene una connotación cultural importante, de suerte que esta modificación podría violentar el espíritu de la ley Indígena, ya que no se trata de un tema agrícola, sino de un tema cultural.

En cuanto a los programas a los que no pueden acceder los indígenas que no tienen título de sus tierras, se argumentó que ese problema debe ser solucionado por el Estado, modificando los requisitos para ser beneficiario de los mismos.

Se dejó de manifiesto que las disputas en el mundo indígena no se solucionarán con esta legislación. Al contrario, la división en pequeñas hijuelas puede propender a crear mayores conflictos.

En cuanto a la migración campo-ciudad, se arguyó que es un fenómeno que no se puede detener, ya que el crecimiento de la población obliga a ello. Sin embargo, sería interesante encontrar un mecanismo de subdivisión que pueda retrasar la migración.

Respecto de los supuestos beneficios que traería la moción para los indígenas, se sostuvo que igualmente no podrán acceder a los beneficios del INDAP, porque no calificarán para ser usuarios, y que para acceder a los beneficios del FOSIS no se requiere título de dominio, sino condición social.

En definitiva, sólo se podrá acceder al subsidio para la vivienda, lo que también podría solucionarse si la CONADI otorgara mayor cantidad de derechos reales de uso.

No obstante, surgió la inquietud de si el Ministerio de Vivienda y Urbanismo estará en condiciones de satisfacer la demanda por subsidios habitacionales que se generará y de si el resto de los organismos públicos podrán resolverla.

En otro orden de materias, se hizo notar que la CONADI ha seguido una política errada en materia de compra de tierras, ya que ha privilegiado el uso del Fondo de Tierras para la compra de grandes predios a efectos de entregarlos a una comunidad, en lugar de realizar la compra en forma individual.

Este Fondo debiera propender a la postulación individual, concediendo también el financiamiento y la asistencia tecnológica necesarios. Además, el Fondo no fue concebido para solucionar problemas entre indígenas y no indígenas, sino para atender conflictos en el interior de las comunidades.

Se consideró que se ha desvirtuado el espíritu de la ley y que se han invertido muchos recursos en adquirir grandes predios, pero sin producir los efectos que se esperaban, ya que esos fondos, de haber sido utilizados en comprar predios individuales, habrían tenido un enorme impacto social.

Por otra parte, se manifestó preocupación por las expectativas que puede crear este proyecto en la comunidad indígena, que ocasionarán una gran demanda de solicitudes que el Gobierno -tanto en la CONADI como en el Ministerio de Bienes Nacionales- no está preparado para atender.

Se recordó que, cuando se aprobó la subdivisión en lotes de hasta media hectárea, se temía que los campos se transformaran en parcelas de agrado, pero se optó por aceptarla, porque se limitó a los ascendientes y descendientes.

Asimismo, algunos señores Diputados sostuvieron una opinión contraria a la subdivisión en pequeñas hijuelas de las tierras indígenas, por considerarla lesiva para las comunidades indígenas.

Se explicitaron dudas respecto de la conveniencia de esta iniciativa, que modifica el sistema que contempla la ley Indígena respecto de la subdivisión de tierras, por cuanto podría prestarse para abrir diversas posibilidades de insospechadas consecuencias, contraviniendo el espíritu original de la ley Indígena, que protege especialmente la tierra y la propiedad.

Se dejó en claro que, durante la discusión de la ley Indígena, primó siempre un valor de carácter filosófico respecto de la tierra. En tal sentido, las tierras indígenas no se pueden enajenar, ni gravar, ni subdividir, por lo que existe temor de abrir esta "puerta", sin saber hasta dónde se va a llegar con esta posibilidad.

En esa ocasión, hubo un arduo debate respecto de establecer tres hectáreas como límite mínimo para subdividir las tierras. Se lo estimó como una salvaguardia para la integridad patrimonial indígena, por cuanto se creyó necesario mantener un tamaño apropiado para resguardar su indivisibilidad.

Asimismo, se afirmó que, desde el punto de vista de la pequeña agricultura, una propiedad de media hectárea es inviable, ya sea que se trate de tierras indígenas como de no indígenas. Las tierras indígenas son tierras agrícolas. Por tanto, es importante el número de hectáreas en que se las divida.

El error se cometió al dictarse la ley N° 19.807, que permitió la subdivisión para el mundo no indígena de parcelas de hasta media hectárea. En tal sentido, se argumentó que, si se quiere igualdad, lo que debe hacerse es derogar la legislación que permitió la subdivisión para los no indígenas en parcelas de hasta media hectárea.

El Diputado señor **Galilea** fundó su voto favorable a la iniciativa en estudio señalando que, si bien, en un primer momento, manifestó algunas dudas respecto de las externalidades y de los efectos que la moción podría ocasionar, sin embargo, ha decidido votar a favor de la idea de legislar, por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, sostuvo que muchas de las normas de la ley Indígena establecen una serie de discriminaciones positivas que, con el tiempo, deberán tender a desaparecer, una vez que se solucionen los problemas que les dieron origen, para asimilarlos a la legislación común.

Por otra parte, concordó con los autores de la moción en que se trata de dar solución a un problema que existe y que el Estado está en la necesidad de resolver esta situación de hecho que, de lo contrario, tenderá a aumentar el problema y sus efectos negativos.

Por último, consideró indispensable que la CONADI, que administra el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, le otorgue mayor preeminencia a la adquisición individual de terrenos.

Cerrado el debate y puesto en votación el proyecto, vuestra Comisión procedió a aprobarlo, en general, por mayoría de votos.

b) En particular.

Artículo único

Tiene por objeto modificar el artículo 17 de la ley N° 19.253, en la siguiente forma:

El número 1 propone reemplazar, en el inciso tercero, la frase “tres hectáreas” por “media hectárea”.

El número 2 propone agregar un inciso final que permite las transferencias de dominio a cualquier título, que se realicen por una sola vez, a un ascendiente o descendiente del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, para la construcción de una vivienda para sí mismo.

Indicación.

Se presentó una indicación sustitutiva, de los Diputados Meza y Tuma, para modificar el artículo 17 de la ley N° 19.253, en la siguiente forma:

1. Sustitúyese el inciso primero por el siguiente:

“Las tierras a que se refiere el artículo 12 de esta ley podrán subdividirse de conformidad con las normas del decreto ley N° 3.516, de 1980, en lotes que no podrán tener una cabida inferior a media hectárea. Cuando se trate de transferencias de dominio a cualquier título, que se realicen por una sola vez, a un ascendiente o descendiente del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, para la construcción de una vivienda para sí mismo, se podrá subdividir el predio en hijuelas de no menos de quinientos metros cuadrados, las que quedarán afectas a la prohibición de enajenar por el lapso de cinco años, la que deberá ser inscrita de oficio por el Conservador de Bienes Raíces respectivo.”

2. Agrégase, en el inciso segundo, a continuación de la palabra “enajenar”, la frase “en una superficie menor”.

3. Suprímese el inciso tercero.

4. Añádese el siguiente inciso final:

“Las enajenaciones a título gratuito que se efectúen en conformidad con esta ley estarán exentas del tramite de insinuación. En la respectiva escritura pública en que conste el título de enajenación deberá dejarse constancia de que se otorga al amparo de esta disposición legal, al igual que de la calidad de tierra indígena que le afecta.”

Los Diputados autores de la indicación sustitutiva señalaron que ésta tiene por objeto permitir, expresamente, la subdivisión de todas las tierras indígenas hasta media hectárea, ó 500 metros cuadrados en su caso, tratándose de transferencias, a cualquier título, a un ascendiente o descendiente para el acceso a programas habitacionales, tal como lo permite la legislación común.

Asimismo, se pretende establecer un único estatuto jurídico para la subdivisión de todos los terrenos indígenas, de modo de permitir que puedan ser subdivididos, específicamente, todos los terrenos a que se refieren los artículos 12 y 20 de la ley 19.253, de tal forma que no quede duda alguna respecto de su aplicación.

Del mismo, se intenta establecer plena igualdad jurídica en lo que se refiere a la subdivisión de terrenos que posean la calidad de indígenas respecto de los que no la tengan.

Por otra parte, se permite expresamente la subdivisión de tierras indígenas derivadas de la sucesión por causa de muerte, es decir, entre herederos.

Al mismo tiempo, se incorpora expresamente la calificación de tierras indígenas para los lotes resultantes de la subdivisión, lo cual deberá constar en la respectiva escritura o título traslativo de dominio. Ello, a fin de que quede claramente establecido que esas tierras no pueden ser vendidas a personas que no pertenezcan a la etnia mapuche.

Además, se dispone la exención del trámite de la insinuación para el caso de las enajenaciones a título gratuito o donaciones.

Por último, se elimina el procedimiento de la autorización judicial y el informe favorable de la CONADI para subdividir las tierras indígenas, por cuanto este trámite entraba aun más el procedimiento respectivo.

Hicieron presente los autores que, en términos generales, este trámite judicial demora alrededor de un año y medio a dos años, ya que sólo el informe de la CONADI es evacuado en alrededor de un año.

Por otra parte, por regla general, la autorización judicial, en el ordenamiento jurídico nacional, se utiliza para suplir la voluntad de personas incapaces, o de personas ausentes, o bien de personas que, por cualquier causa o motivo, no pueden dar su consentimiento para la celebración de un determinado acto o contrato.

Tratándose de personas indígenas, no cabe duda de que éstas son plenamente capaces para celebrar todo tipo de actos y contratos. Las limitaciones que prescribe la ley Indígena se refieren a la enajenación de las tierras dentro de una misma etnia. De tal forma, siendo las personas indígenas plenamente capaces para enajenar sus tierras a personas de una misma etnia, no se justifica que deban pedir autorización judicial para subdividirlas.

De hecho, los indígenas pueden enajenar su tierra a otro indígena, sin pedir autorización alguna, motivo por el cual, con mayor razón, están en condiciones de subdividir esa misma tierra.

-Puesta en votación la indicación sustitutiva, **fue aprobada por mayoría de votos.**

-Puesto en votación el artículo único propuesto en la moción, **fue rechazado por unanimidad.**

V. ARTÍCULOS CALIFICADOS COMO NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.

El número 3 del artículo único del proyecto, que elimina el inciso tercero del artículo 17 de la ley N° 19.253, debe ser aprobado como norma de carácter

orgánico constitucional, toda vez que el Tribunal Constitucional, en fallo de 24 de septiembre de 1993, Rol N° 175, dispuso, en su considerando 5º, que la norma establecida en el artículo 17, inciso tercero del proyecto de ley remitido, es propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Constitución Política de la República²².

VI. ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA.

De acuerdo con el artículo 220 del Reglamento de la Corporación, el texto del proyecto de ley aprobado por la Comisión no debe ser conocido por la Comisión de Hacienda.

VII. ARTÍCULOS RECHAZADOS POR LA COMISIÓN.

La Comisión rechazó, por unanimidad, el artículo único propuesto en la moción.

VIII. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY APROBADO POR LA COMISIÓN.

En mérito de las consideraciones anteriores y por las que, en su oportunidad, os podrá añadir el señor Diputado informante, vuestra Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural os recomienda aprobar el siguiente

PROYECTO DE LEY.

Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 17 de la ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

1. Sustitúyese el inciso primero por el siguiente:

“Las tierras a que se refiere el artículo 12 de esta ley podrán subdividirse de conformidad con las normas del decreto ley N° 3.516, de 1980, en lotes que no podrán tener una cabida inferior a media hectárea. Cuando se trate de transferencias de dominio a cualquier título, que se realicen por una sola vez, a un ascendiente o descendiente del propietario, por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado inclusive, para la construcción de una vivienda para sí mismo, se podrá subdividir el predio en hijuelas de no menos de quinientos metros cuadrados, las que quedarán afectas a la prohibición de enajenar por el lapso de cinco años, la que deberá ser inscrita de oficio por el Conservador de Bienes Raíces respectivo.”

2. Agrégase, en el inciso segundo, a continuación de la palabra “enajenar”, la frase “en una superficie menor”.

3. Suprímese el inciso tercero.

4. Añádese el siguiente inciso final:

²² Según ha señalado el Tribunal Constitucional en su fallo rol N° 349, de 30 de abril de 2002, en su considerando 28º. “Que, en estas circunstancias, esta Magistratura ha de ejercer el control de constitucionalidad sobre dicho precepto, puesto que si modifica una norma de naturaleza orgánica constitucional, no puede dejar de tener su mismo carácter”.

“Las enajenaciones a título gratuito que se efectúen en conformidad con esta ley estarán exentas del trámite de insinuación. En la respectiva escritura pública en que conste el título de enajenación deberá dejarse constancia de que se otorga al amparo de esta disposición legal, al igual que de la calidad de tierra indígena que le afecta.”



Se designó Diputado informante al señor FERNANDO MEZA MONCADA.

SALA DE LA COMISIÓN, a 17 de agosto de 2004.

Acordado en sesiones de fechas 15 de junio, 6, 13 y 20 de julio y 10 y 17 de agosto de 2004, con la asistencia de los Diputados señores Alejandra Sepúlveda Orbenes (Presidenta); Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Büchi; José Ramón Barros Montero; José Antonio Galilea Vidaurre; Javier Hernández Hernández; Felipe Letelier Norambuena; Fernando Meza Moncada; Sergio Ojeda Uribe; José Pérez Arriagada; Jaime Quintana Leal; Carlos Recondo Lavanderos; Leopoldo Sánchez Grunert e, Ignacio Urrutia Bonilla.

Por la vía del reemplazo, asistió el Diputado señor Eugenio Tuma Zedán.

MIGUEL CASTILLO JEREZ,
Secretario de la Comisión.

ÍNDICE

CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.....	1
I. IDEAS FUNDAMENTALES O MATRICES DEL PROYECTO.....	2
A) FUNDAMENTOS.....	2
B) COMENTARIO SOBRE EL ARTICULADO DEL PROYECTO.....	3
II. ANTECEDENTES DEL PROYECTO.....	4
A) INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.....	4
1. <i>La ley N° 19.253</i>	4
2. <i>El decreto ley N° 3516, de 1980</i>	5
3. <i>El decreto ley N° 2568, de 1979</i>	6
B) HISTORIA LEGISLATIVA.....	7
1. <i>Discusión en la Cámara de Diputados</i>	8
2. <i>Discusión en el Senado</i>	9
3. <i>Tribunal Constitucional</i>	11
III. PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN.....	12
1. MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y COOPERACIÓN.....	12
2. CORPORACIÓN NACIONAL INDÍGENA.....	14
3. CONSEJEROS DE LA CORPORACIÓN NACIONAL INDÍGENA.....	17
4. INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS DE LA UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA.....	23
5. ESCUELA DE ANTROPOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.....	28
6. INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO.....	29
7. MINISTERIO DE BIENES NACIONALES.....	33
IV. DISCUSIÓN Y VOTACIÓN DEL PROYECTO.....	34
A) EN GENERAL.....	34
B) EN PARTICULAR.....	39
V. ARTÍCULOS CALIFICADOS COMO NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.....	41
VI. ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA.....	41
VII. ARTÍCULOS RECHAZADOS POR LA COMISIÓN.....	41
VIII. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY APROBADO POR LA COMISIÓN.....	41
índice.....	44