

ARCHIVO

91/7591

25 ABR 91

AAA	B.C.A.	FWM
C.B.E.	M.L.P.	PVS
M.T.O.	EDEC	J.R.A. X
M.Z.C.		

MAT. Adjunta propuesta a considerar en Anteproyecto Ley de Pueblos Indígenas.

TEMUCO, 23 ABR. 1991

DE : INTENDENTE IX REGION DE LA ARAUCANIA  
A : EXCMO. SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA  
DON PATRICIO AYLWIN AZOCAR  
SANTIAGO

Tal como concordáramos con S.E. en su visita en el mes de Enero a nuestra Región, constituimos con fecha 10 de Abril de 1991 una Comisión de Abogados expertos en Asuntos Indígenas, a quienes solicitamos nos expresaran su opinión sobre el Anteproyecto de Ley de Pueblos Indígenas.

La constituimos en dicha fecha dado que no fue posible contar con anterioridad con el Anteproyecto elaborado por C.E.P.I.

Conformaron esta Comisión el Abogado Nelson Castro Espinoza, en representación de la División de Asuntos Indígenas de INDAP, Don Raúl Arias Alarcón, Abogado Regional de INDAP y antiguo Abogado Defensor de Indígenas, del Instituto de Desarrollo Indígena, y de DASIN-INDAP; Don Hugo Ormeño Melet, ex-Abogado Defensor de Indígenas del Juzgado de Indios de Victoria, y del Instituto de Desarrollo Indígena; Don Sergio Oliva Fuentealba, Abogado del C.E.P.I. en la IX Región; Don Eduardo Castillo Vigouroux, ex-Abogado del Instituto Indígena del Obispado de Temuco, y actual Abogado de la Comisión Chilena de Derechos Humanos; Don Julio Landaeta Fonseca, actual Abogado del Instituto Indígena del Obispado de Temuco, y Don Roberto Contreras Eddinger, Asesor Jurídico de Intendencia y ex-Abogado de la División de Asuntos Indígenas de INDAP, y Sub Jefe de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Bío-Bío, para la IX Región.

Su trayectoria nos hace considerar interesantes las conclusiones a las cuales llegaron.

Es de destacar que la premura del tiempo, provocó que ellos solo analizaran parte de todo el articulado, y nos hicieran presente su aprehensión por una falta de afinamiento en el resultado final.

Ellos no entraron a analizar el enfoque global dado a la ley, ya que estimaron ser una materia aparentemente ya definida y de resorte de la autoridad política. Sólo consideraron la normativa dentro de ese enfoque, a fin de acoger las máximas de la experiencia.

9385

Concluyen, que a su juicio aún queda bastante que afinar, dado las variantes que el tema plantea, y las consecuencias que pueda acarrear la redacción de la norma en uno o en otro sentido.

Su propuesta implica a su juicio, un mejoramiento de muchas normas del Anteproyecto, es especial la de acreditación de la calidad de indígenas, de posesión notoria de estado civil, precisión del concepto de tierras indígenas, definición del mecanismo de constitución e integración de las Comunidades Indígenas, precisión del rol de las Asociaciones Indígenas, de la costumbre indígena, mejoramiento de los mecanismos de protección de las tierras etc. Por otra parte se han agregado nuevas normas tendientes a la creación de Asociaciones Indígenas Comerciales, constituyendo así un nuevo tipo de Sociedad Comercial; de una instancia de conciliación en CONADI, similar a la de la Inspección del Trabajo, en los conflictos entre Indígenas, y entre estos y particulares; a un traspaso de las funciones de DASIN a CONADI más expedito; a establecer una etapa transitoria de terminación de los procesos pendientes de la Ley 17.729 y sus modificaciones, a reestudiar los arriendos a 99 años celebrados abusivamente en perjuicio de los Indígenas, a recuperar para las Comunidades que en su división no se contempló todo lo dividido el terreno faltante, etc.

Lo someramente expuesto condensa parte de lo propuesto en los documentados adjuntos, que esperamos constituya un aporte a la Ley de Pueblos Indígenas.

Quedando a su disposición saluda atentamente a S.E.



J. FERNANDO CHUECAS MUÑOZ  
INTENDENTE IX REGION  
DE LA ARAUCANIA

JFCHM./RCE./hmr.

Distribución:

- Excmo. Sr. Presidente de la República.
- Sr. Intendente IX Región.
- Depto. Jurídico Int. IX Región.
- Archivo.

PROPUESTAS DE MODIFICACIONES A PROYECTO Nº 5  
DE LEY DE PUEBLOS INDIGENAS

- 1) Art. 4 sobre Comunidades Indígenas. Se elimina el actual inc. 2.  
Agregar después del inc. 1 lo siguiente:  
"Las Comunidades Indígenas se constituirán de acuerdo al procedimiento que esta Ley establece para la constitución de las Asociaciones Indígenas".  
No se podrá condicionar la incorporación de un Indígena a una Comunidad a que aporte a esta a cualquier título las tierras de su propiedad u ocupación.  
El reglamento regulará la forma de integración de dichas comunidades, su mecanismo de representación, formación de su patrimonio y funcionamiento.
- 2) Sustituir de la letra "c" del art. 5º la expresión "o sea" por "tales como".  
Reemplazar de la letra "d" del mismo artículo la frase "casado bajo régimen de sociedad conyugal con Indígena", por "casado con Indígena".
- 3) Se sustituye el art. 6 de la ley por el siguiente:  
"Para acreditar la calidad de Indígena bastará un certificado otorgado por CONADI, en conformidad a la Ley.  
En contra de la decisión de CONADI que concede o deniega la calidad de Indígena podrá recurrirse ante el Juez de Letras de turno del domicilio del solicitante por todo aquel que tenga un interés actual comprometido. El Juez resolverá sin forma de juicio, en única instancia, y previo informe de CONADI".
- 4) Art. 7.- Sustitúyase por:  
"La posesión notoria del Estado Civil de padre, madre, marido, mujer o hijo se considerará como título bastante para constituir en favor de los Indígenas los mismos derechos y obligaciones, que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil.  
Para acreditarlo se requerirá la información testimonial de parientes o vecinos que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, incidentalmente o sin forma de juicio, según el caso, y un informe del CONADI suscrito por el Director Regional correspondiente. El Oficial del Registro Civil ----- ejecutoriada que sea la Resolución Judicial que reconoce la posesión notoria del Estado Civil reclamado, practicará las Inscripciones, subinscripciones y rectificaciones que el caso requiera.

Se entendera que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a la mujer o a todas ellas por partes iguales cuando fueren varias, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges".

5) El Art. 9 quedará como sigue:

Art. 9.- Son tierras Indígenas las provenientes de:

- A) Títulos de Merced, otorgados de conformidad a las leyes de 4 de Diciembre de 1866, de 4 de Agosto de 1874, y de 20 de Enero de 1881, mientras se encuentren indivisas.
- B) Títulos gratuitos de dominio concedido de conformidad con los artículos 4 y 14 de la Ley Nº 4.169; Arts. 13, 29 y 30 de la Ley Nº 4.802, art. 70 al 74 ambos inclusive del Decreto Supremo Nº 4.111 que fijó el texto definitivo de la Ley Nº 4.802 art. 82 y 84 de la Ley Nº 14.511 la Ley Nº 16.436 con las disposiciones que la hayan modificado o complementado mientras estén indivisas.

Gozan también de esta calidad aquellas tierras ocupadas por los indígenas en propiedad y/o posesión provenientes de:

- A) Títulos de comisario.
- B) La Ley 16.640; del párrafo II del Capítulo II de la Ley 17.729 y sus modificaciones y del D.L. 2.695 de 1970, cuando incide en predios ubicados en zonas rurales, y las resultantes de las divisiones de las tierras indicadas en el inciso anterior por leyes anteriores.
- C) Cualquiera otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar y/o entregar tierras rurales a los Indígenas, como de las que provenga de la asignación que el Estado efectúe a través del Fondo de Tierras Indígenas que contempla esta Ley, y se ubiquen en zonas rurales.

Todas estas tierras gozarán de la protección del Estado a través de los mecanismos previstos en esta Ley.

6) Art. 10.-

Se elimina la letra "o" que viene después de COMUNIDAD INDIGENA, y se reemplaza por una "," agregándose después del punto aparte que se reemplaza por la frase: "o las asociaciones indígenas".

7) Se elimina **art. 11 del proyecto**

En su reemplazo se propone agregar otro inmediatamente después del art. 4 que señale:

Los dos tercios de los comuneros podrá acordar en asamblea general la disolución de la comunidad. Producido este acuerdo CONADI asumirá la dirección de la comunidad con el fin único de llevar a cabo su liquidación, debiendo de distribuir los bienes comunes entre sus integrantes en proporción a su aporte, procurando, de ser posible, el entregar la misma especie aportada.

El reglamento definirá la forma de la intervención, el mecanismo de liquidación y las vías de reclamación del comunero afectado.

8) Los arts. 12, 13 y 14 se reemplazan por :

Art. \_\_\_\_\_ /Las tierras indígenas, los derechos de aprovechamiento de agua que benefician a estos predios, incorporados al patrimonio de la Comunidad Indígena, Asociación Indígena o del Indígena o Indígenas propietarios serán inembargables e indivisibles.

Se prohíbe igualmente, la celebración de cualquier acto o contrato, la promesa de ellos y el otorgamiento de mandatos irrevocables para la celebración de los mismos, que, por sus efectos jurídicos o aplicación práctica, priven al propietario del dominio sobre todo o parte de la tierra indígena y demás derechos patrimoniales o de su explotación personal, uso, goce, tenencia o administración.

Se prohíbe, asimismo, la constitución de hipotecas, censos y demás derechos reales sobre los bienes mencionados.

Art. \_\_\_\_\_ /No obstante el artículo anterior el Director Regional de CONADI, podrá autorizar la ejecución o celebración de los actos o contratos que se indican a continuación, en la medida que estos incidan en tierras indígenas cuyo titular sea un indígena y se sujete a las normas siguientes:

a) Los actos o contratos que impliquen la enajenación o la constitución de derechos reales sobre el predio o sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, incluso los avenimientos o transacciones judiciales, podrán autorizarse cuando el adquirente o beneficiario tenga la calidad de indígena, comunidad indígena o asociación indígena del art. y siempre que su actividad principal consista en el trabajo o explotación agrícola y/o para fines sociales o educacionales.

Previa la aprobación del avenimiento o transacción judiciales, el tribunal solicitará informe a CONADI, sobre la concurrencia de los requisitos señalados anteriormente.

La mencionada autorización podrá también otorgarse cuando el adquirente sea una persona jurídica de derecho público o privado sin fines de lucro o se trate de empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, representación o participación y el objeto preciso de la adquisición sea la construcción o instalación en el predio adquirido de servicios de utilidad pública, talleres artesanales, templos religiosos y, en



general, de equipamiento comunitarios en los términos indicados en el inciso 3º del Nº 2 del artículo 58 de la Ley Nº 16.391.

Sin perjuicio de lo establecido precedentemente la constitución de hipotecas podrá autorizarse además en favor de organismos del Estado, de entidades del sistema financiero, y personas jurídicas que no persigan fines de lucro.

Lo dispuesto en el inciso anterior será también aplicable a las tierras indígenas cuyo titular se una comunidad indígena o una asociación indígena del art. .... /

- b) Las subdivisiones se podrán autorizar cuando se trate de enajenaciones de terrenos de una hijuela para anexar a la hijuela contigua siempre que el propietario de esa última tenga la calidad de indígena, y para resolver los casos en que se constituya una comunidad hereditaria. En este último caso CONADI determinará a través del reglamento creado al efecto, la forma de liquidación de ésta, con el objeto de mantener la integridad de la hijuela, atendido el número de comuneros y superficie, debiendo asignarse anualmente a CONADI, los fondos suficientes para el logro de dicha finalidad. En los casos de eventual subasta de las hijuelas afectas a este programa, sólo se admitirán postores que reúnan las calidades indicadas en el inc. 1º de la letra a) del presente artículo.

Asimismo, se podrá autorizar la subdivisión cuando el adquirente de el o los retazos resultantes sean algunas de las entidades indicadas en el inciso 2º de la letra anterior y para los fines allí señalados.

Además, se podrá autorizar la subdivisión para fines sociales o educacionales.

- c) Los arrendatarios, aparcerías u otras formas de explotación por terceros sólo se podrán autorizar por un plazo máximo de tres años, cuya prórroga o renovación requerirá siempre de una nueva autorización y del consentimiento expreso del arrendador, manifestado sin la intervención de mandatarios.

Los predios que se enajenan según lo dispuesto en los incisos 1º de las letras a) y b), quedarán afectos a las prohibiciones a que se refiere este artículo.

El embargo de las tierras indígenas individuales, incluidos los edificios, árboles y demás bienes que adhieren permanentemente a ellos, sólo procederá en caso de incumplimiento de obligaciones relativas a prestaciones alimentarias, y para hacer efectiva las garantías hipotecarias constituídas de conformidad a lo establecido en la letra a).

Sin embargo podrá afectar también a las tierras indígenas de comunidades indígenas y de asociaciones indígenas del art... gravadas conforme al inciso final de la letra "a" de este artículo.

Los actos y contratos que se ejecuten o celebren en contravención a este artículo serán absolutamente nulos.

Los Conservadores de Bienes Raíces estarán obligados a anotar de oficio las prohibiciones indicadas precedentemente y los Notarios Públicos no podrán autorizar las escrituras en que consten la celebración de actos o contratos cuando no se haya dado cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

9) Art.15.- Se opta por redacción de proyecto N° 4 (anterior art.17)

10) Art.16.- Queda como sigue:

La CONADI efectuará un catastro nacional de las tierras indígenas, elaborando para fines administrativos un Registro Nacional de Tierras Indígenas.

11) Art.17.- Queda como sigue:

El Juez de la instancia deberá revisar las cláusulas de un contrato cuando importen un desprendimiento de las facultades esenciales del dominio y lesionen las prohibiciones legales de enajenar que pesan sobre la propiedad indígena.

Acreditada esta circunstancia se pondrá término al contrato y dejará de producir sus efectos.

No tendrá aplicación, en el caso del inc. anterior el art. 1468 del Código Civil, sin perjuicio que el Juez lo haga aplicable a aquella parte que notoriamente actúo en perjuicio de la otra.

Podrá ejercer esta acción cualquiera que tenga interés en ella.

OJO:En este caso habrá una norma transitoria.

12) Art.18.- Se elimina frase " de acuerdo al D.L. 3256 de 1980" y se agrega "Cualquiera sea su naturaleza".

13) Art.21.- Se cambia la referencia a comunidad indígena por "Indígenas".

El inc. 2º queda así.

Los Indígenas tendrán acción de reclamación por las perturbaciones que sufran en el ejercicio de su derecho ante el Juez de Letras de Turno de la Comuna en que esté ubicado el inmueble, quien adoptará, sin previa audiencia, las medidas pertinentes para restablecer el imperio del Derecho.

14) Art.23.- Modifícase lo siguiente:

Letra "a"reemplazar la palabra "sobre" por "para la adquisición de"

Letra "b" reemplazar la letra "entregada" por "transferidas" y "familias indígenas" por "indígenas".

Letra "c" reemplazar la palabra "compra" por "adquirir". Eliminar la frase "si no los hubiere". Agregar después del punto aparte, la frase "para ser transferidos a título gratuito u oneroso a comunidades

indígenas, asociaciones indígenas del art.....o indígenas.

Letra "d" reemplazar la palabra "atender" por "concurrir". Agregar después de restituciones la palabra "indemnizaciones". Cambiar la expresión "personas naturales" por indígenas.

SE ELIMINA POR INNECESARIO EL INCISO PENULTIMO DEL ART. 23.

15) Art. 25.-

Los territorios de desarrollo indígena serán las unidades básicas de planificación para implementar planes y programas de desarrollo. Serán constituidos a requerimiento de CONADI por Decreto Supremo conjunto de MIDEPLAN y del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, el cual establecerá en cada caso los límites geográficos y especificaciones respecto de su uso y protección. Un reglamento establecerá las categorías o tipos de territorios de desarrollo indígena.

Se mantiene el inc. 2 del art. en su redacción actual.

16) Art. 26.- Se reemplaza por:

"Las obras proyectos, planes y programas que realicen particulares o el Estado en los territorios de desarrollo indígena deberán contar con la autorización previa de CONADI.

CONADI autorizará oyendo a los indígenas, asociaciones indígenas y comunidades indígenas involucradas y en la medida que no amenacen:

a) La cultura de los grupos indígenas.

b) El habitat al cual esa cultura está ligada.

De la decisión de CONADI se podrá reclamar al Juez de Letras de turno del lugar de ejecución del proyecto quien podrá sin previa audiencia suspender la aplicación de la autorización. En este último caso, como en todos los demás, el Juez dará curso a la reclamación conforme al procedimiento del art. 76 de esta Ley.

Se podrá reclamar dentro de 10 días hábiles contados de la decisión de CONADI.

17) Art. 33.- No se llegó a acuerdo en cuanto a redacción del inc. 1. de este artículo. Para algunos ha de mantenerse tal cual está, para otros se debe agregar la frase "en cuanto llena el vacío por falta de norma expresa".

La letra "a" de este artículo queda como sigue:

a) Se podrá aceptar el uso de las lenguas indígenas cuando sea necesario en las causas sometidas a su conocimiento, para lo cual debe contar con traductores idóneos.

La letra "b" queda como sigue:

b) Los Jueces de áreas indígenas deberán ser capacitados periódicamente para permitirles atender adecuadamente las causas indígenas.

La letra "c" queda igual eliminando el adjetivo "indígenas" que acompañaba a la palabra "causas".



18) Art. 34.- Se cambia el inc. final por:

"El Archivo General de Asuntos Indígenas estará a cargo del funcionario de CONADI que señale el Director Ejecutivo de dicho organismo, tendrá el título de Archivero General de Asuntos Indígenas, y para todos los efectos legales, el carácter de Ministro de F<sup>e</sup>, más no la calidad de funcionario de exclusiva confianza.

19) Art.43.- Se elimina del inciso primero la palabra funcional, dado que obviamente no tiene tal condición la asociación indígena.

Se elimina asimismo, el inciso segundo ya que su aplicación solo será fuentes de conflictos.

20) Art.44.- Se elimina de este artículo la letra "d" ya que nos parece altamente inconveniente que una entidad cuya finalidad sea la de generar mecanismos de participación cumpla también roles comerciales o económicos. Estimamos que si bien tal posibilidad ha de existir, debe darse a través de una organización específica.

21) AGREGUESE DESPUES DEL ART. 44 EL SIGUIENTE ARTICULO.

Dos o más indígenas podrán constituir además asociaciones que tendrán por exclusiva finalidad la realización de actividades económicas que beneficien a sus asociados.

Estas asociaciones se constituirán con el aporte de sus socios y por medio del procedimiento del artículo siguiente debiendo depositar un extracto de sus estatutos autorizado por CONADI y en el que conste la vigencia de su personería jurídica, en el Registro de Comercio de su domicilio, en el plazo de sesenta días contados desde su constitución.

En el evento de su disolución su patrimonio se distribuirá entre los socios en proporción a sus aportes.

En lo no previsto en esta norma y su reglamento se aplicará el inc. 2 del art. 4 de la Ley 3.918.

22) Art. 45.- Agrégase como inc. 1 del art. 45 lo siguiente:

"La constitución de las sociedades indígenas será acordada por los indígenas que cumplan los requisitos que establezca el reglamento, en asamblea que se celebrará con la presencia de un Ministro de F<sup>e</sup> designado por la CONADI para estos efectos".

El actual inc. 1 del art. 45 pasa a ser el inc. 2.

En el actual inc. 2 del art. 45 que pasa a ser inc. 3 se reemplaza la expresión JUEZ ADMINISTRATIVO por ARBITRO.

Se reemplaza la palabra "constitución" del actual inc.3 que pasa a ser 4 por la expresión "integración".

23) Art.51.- Agregar a este artículo la letra "H" que dirá:

"Contratar sobre la base de honorarios a personas naturales, empresas e instituciones nacionales o extranjeras para la ejecución de estudios, investigaciones y otros trabajos relacionados con la actividad de la Corporación".

#### ORIGEN DEL ARTICULO

Se ha extraído esta letra del art. 5 letra "n" inciso final de la Ley Orgánica del Instituto de Desarrollo Agropecuario (Ley 18.910)

#### 24) COMENTARIO A PLANTA DE CONADI.

Se contemplan solo seis abogados, más el Jefe del Departamento de Tierras, para toda la planta nacional, cuando la realidad nos indica que solo en la IX Región se necesitarían al menos esa cantidad el día de hoy para cumplir las funciones encomendadas a los organismos que velan por las materias indígenas. Si a ello se agrega el cúmulo de responsabilidades jurídicas que se entregan a CONADI, resulta de toda evidencia, que una planta del tamaño contemplado al menos en la IX Región no podrá prestar una asistencia judicial idónea al pueblo mapuche. Si pensamos en los juicios de restitución; en los informes de procedimientos entre indígenas, en las autorizaciones para enajenación, en la asesoría a personas jurídicas indígenas, en los procesos de división y liquidación de comunidades indígenas que se encuentran pendientes, en la redacción de escrituras del fondo de tierras, en la representación de CONADI en los reclamos judiciales en su contra, etc. se comprende que con seis abogados para todo el país, de los cuales la mitad tal vez se encuentre en la IX Región, no se podrá en caso alguno cumplir con las obligaciones que este organismo se impone.

Estimamos además que el Jefe de Departamento de Tierras ha de tener domicilio en Temuco.

#### 25) TITULO DEL PROCEDIMIENTO.

Agregar antes del art. 76 la siguiente disposición:

Art. \_\_\_\_\_ /La CONADI podrá citar a indígenas o a particulares a sus dependencias a fin de procurar una conciliación que prevenga posibles cuestiones señaladas en el art. 76.

La operatividad de este mecanismos de conciliación será determinada en el reglamento.

El Rol de CONADI será el de oír los planteamientos de las partes, como sus justificativos y proponer medios de conciliación, instruyéndolas en sus derechos.

Las actas que den constancia de los acuerdos producidos ante la CONADI firmadas por las partes y autorizadas por ella, o sus copias certificadas por dicho organismo, tendrán la validez de una sentencia definitiva pudiéndose obtener su cumplimiento a través de los mecanismos de las letras "j" a "i" del art. 76.

#### NOTA:

Estimamos esencial este artículo en la actual ley, ya que su vigencia

permitiría ahorrar una extraordinaria cantidad de procesos judiciales que nunca debieron iniciarse. La mayoría de los litigios entre indígenas es por ignorancia de sus derechos o incomprensión de sus títulos. El mecanismo planteado soluciona estos litigios, como otros que se puedan plantear, aligerando la tremenda carga judicial que significará el permitir a los indígenas el acceso a la justicia, hasta hoy día vedado, por la inoperancia de los mecanismos adjetivos del derecho común, y aliviando el costo de los trámites a los mismos indígenas. Esta afirmación no es antojadiza y se basa en la experiencia de los suscritos como abogados defensores de indígenas tanto en DASIN-INDAP, Corporaciones de Asistencia Judicial, y ejercicio liberal.

DASIN - INDAP sin encontrarse facultado para ello, se ha visto obligado a conocer de estas reclamaciones administrativas, enviando personal a terreno, y tratando de avenir a las partes. En muchos casos ha logrado resultados exitosos, ya que la mayoría de los problemas se solucionan con pericias topográficas, en otros se ha indicado al efectuado el camino de los Tribunales Ordinarios y de la Asistencia Judicial, lo que provoca en el hecho su indefensión por la falta de recursos para trámites expeditos. Es de hacer notar que DASIN INDAP conoce más de 400 casos por año de reclamaciones administrativas, a pesar de su política actual de no hacerlo, por no encontrarse facultado.

**OJO:**

Nos **gustaría** que la instancia de conciliación de CONADI fuera un paso previo y obligatorio a la aplicación del procedimiento del art. 76. Sin embargo, como tenemos dudas sobre la constitucionalidad de ello, hemos optado por la redacción propuesta.

26) Art. 76.- Se le introducen las siguientes modificaciones:

Inc. 1.

"Las cuestiones a que diere lugar el dominio, posesión, administración, explotación, uso y goce de tierras indígenas, y los actos y contratos que se refieran o incidan en ellas, y en que sean partes o tengan interés indígenas, comunidades indígenas y asociaciones indígenas, serán resueltas por el Juez Letrado de la comuna donde se encontrare ubicado el inmueble conforme a las normas siguientes:

EXPLICACION REFORMA INC. 1 ART. 76.

Se agregan las palabras dominio y posesión atendida la nueva realidad propietaria del indígena hijuelero. Se elimina la única instancia ya que es un hecho probado, que esta economía procesal provocó serias injusticias a los indígenas privándoles de un segundo estudio que podría haber provocado una variación en lo resuelto. El hecho que el indígena es ahora propietario de su hijuela resultante de la división de la comunidad exige además un segundo estudio relativo a la aplicación

y respeto de esta calidad. Se reemplaza la expresión Departamento por Comuna, por no existir tal división territorial en nuestro país.

Hacemos presente que la gran mayoría de nuestras observaciones arrancan de haberse transcrito en el art. 76 prácticamente fielmente el antiguo art. 53 de la ley 17.729 sin adaptarlo a la nueva realidad jurídica, y sin reconocer la necesidad de introducir correcciones demostradas por la experiencia en la tramitación de estas causas.

LETRA A DEL ART. 76.

Se mantienen tal cual los dos primeros incisos agregándose un tercero que dirá:

Los Consultorios Jurídicos de las Corporaciones de Asistencia Judicial, o los Abogados de turno, en su caso, representarán y asesoran gratuitamente a los indígenas. Las Corporaciones de Asistencia Judicial no podrán excusar su atención basados en la circunstancia de estar patrocinando a la contraparte indígena, debiendo en tal caso proporcionar otro abogado que asuma la defensa del indígena afectado.

EXPLICACION:

Es necesario que el indígena cuente con algún tipo de Asistencia Judicial. es comprobado que la comparencia personal fue fuente de injusticias y abusos, dado la dificultad de comunicación del indígena y la poca receptividad del actuario que les tomaba su declaración.

Ante la imposibilidad de exigir la comparencia obligatoria de abogado, ya que por su nivel de ingresos ello se traduciría en la indefensión, optamos por introducir esta norma que constituye ya un avance, que unido al rol conciliador que antes entregamos a CONADI contribuirá a hacer justicia en favorde los indígenas.

LETRA B DEL ART. 76.

Se elimina el inc. 1 y se reemplaza por:

"El Tribunal citará a comparendo de contestación a las partes fijando día y hora para ello no anterior al quinto ni al décimo quinto de la fecha de la resolución, bajo apercibimiento de proseguir el procedimiento en su rebeldía, sin más trámite, pudiendo hacerse parte en cualquier estado del juicio".

"Si la demanda es interpuesta por un particular contra un indígena deberá ponerse en conocimiento del Director Regional de la CONADI correspondiente al domicilio del demandado para los fines del art. 78. Su omisión será causa de nulidad de la notificación del indígena.

EXPLICACION:

El sistema que se contemplaba en esta letra historicamente demostró ser inadecuado. El indígena no tenía fecha cierta para su audiencia, pensaba que iba a un comparendo y solo se trataba en el hecho de una verdadera declaración indagatoria que lo dejaba tanto o más confuso.

El sistema tradicional de comparendo parece más expedito.

El inc. 2 fue agregado ya que es fundamental para mantener el principio proteccionista de esta Ley. Lo que ocurría es que el particular concurría asesorado por abogado, lo que colocaba al indígena, prácticamente iletrado, con mal manejo del idioma castellano en un plano de absoluta inferioridad. Con el sistema del inc. 2 se crea un mecanismo para activar el art. 78 y no dejar desamparado en estos juicios al indígena.

AGREGAR EL SIGUIENTE INC. 3 A LETRA B.

"Inmediatamente después del comparendo el Tribunal abrirá un término probatorio de ocho días hábiles para que las partes rindan las pruebas que estimen pertinentes. La testimonial se rendirá durante los dos últimos días de dicho término.

ORIGEN:

Se estima conveniente el fijar un término de prueba específico, que permite a las partes saber cuando han de probar, y cuando su contraparte lo va a hacer, tomando así las providencias del caso. Este sistema permite además a CONADI, tener todos los antecedentes cuando llega la oportunidad de efectuar su informe.

LETRA C DEL ART. 76.

Se elimina la frase con la declaración del demandante y el demandado en su caso y se reemplaza por "Vencido el término probatorio".

También se elimina la expresión "de la CONADI" y se reemplaza "a la CONADI".

Finalmente se elimina la frase "y el Cuerpo de Carabineros de Chile", sustituyendo la palabra enviándoseles por enviándole.

El inc. quedará así.

"Vencido el término probatorio el tribunal solicitará los peritajes antropológicos a que hubiere lugar e informes del caso a la CONADI, enviándole copia de todo lo actuado.

EXPLICACION:

Se ha estimado prudente eliminar el informe de Carabineros por que historicamente, tanto por la falta de personal de esta Institución, como por su desconocimiento de la realidad del pueblo indígena, no constituyó un aporte útil al proceso. Se demoraba en ser evacuado alargaba exageradamente el mismo, agravado por la circunstancia, de que a pesar de la espera no era considerado por los Tribunales ateniéndose a lo informado por el IDI o DASIN-INDAP en su caso.

LETRA D DEL ART. 76

Inciso 1.

Se elimina la expresión: "y" que viene después de la frase "la prueba de testigos y se reemplaza por una coma "," agregándose después del



punto aparte, la frase "y el peritaje antropológico decretado por el Tribunal".

EXPLICACION:

Estimamos que no se puede imponer a las partes o el Tribunal la obtención del peritaje antropológico. Todos los Tribunales van a entender y ello debe quedar claro, que el peritaje antropológico cuando es decretado será aportado por la misma CONADI. Un peritaje entropológico, que incluso podrá entrar a fijar el decreto consuetudinario, sólo puede ser evacuado por un organismo fiscal y no por peritos particulares.

LETRA E DEL ART. 76

Se reemplaza la expresión "ambos informes" por "el informe".

EXPLICACION:

Será uno sólo el informe con el que contará el Tribunal.

LETRA H DEL ART. 76

Se reemplaza la frase "funcionarios del Cuerpo de Carabineros" por "funcionarios de la CONADI que tengan el carácter de Ministro de Fé".

EXPLICACION:

En practicamente todos los juicios en que nos tocó intervenir la constancia dela notificación llegaba tarde, mal hecha o nunca, pero jamás antes de la audiencia. El nuevo mecanismo de comparendo exige la estructuración de un sistema idóneo de notificación, en que se estampe en el proceso la notificación antes de su realización. Sólo el que se señala puede operar.No es factible entregar esa obligación al receptor de turno, sistema que jamás ha operado en la práctica en esta zona, y que llevaría el indígena a la indefensión absoluta.

LETRA J DEL ART. 76.

Se reemplaza toda la letra por la frase "El Procedimiento no podrá durar más de 60 días".

EXPLICACION:

Tal frase como se comprenderá es meramente retórica, pero tiene la ventaja sobre la anterior, que no es causal de nulidad procesal. Es necesario hacer presente que tal norma en la práctica jamás operó y que los procesos muchas veces demoraron años, por el sistema de notificaciones e informes, como por la demora en la dictación de las sentencias.

AGREGAR EL SIGUIENTE INCISO FINAL.

"Los juicios que tengan por objeto hacer valer las acciones y derechos que deriven de la constitución de hipotecas y demás derechos reales diversos del dominio, o de un título ejecutivo, se tramitarán conforme a las normas del derecho común que corresponda".

EXPLICACION:

Su necesidad cae por su propio peso, razón por la cual no entraremos en mayores detalles, salvo de indicar que creemos que con ello se cubren los casos de juicios ejecutivos y especiales civiles más trascendentes que queden fuera de este juicio declarativo especial.

27) Art. 77.-

Se agrega del punto final del inc. segundo, el que queda como punto seguido la oración:

"Excepto cuando el ocupante exhiba un título definitivo que emane del Estado, posterior al 4 de Diciembre de 1866 y de fecha anterior al de Merced".

ORIGEN:

Esta norma se transcribe del art. 53 BIS. de la Ley 17.729, que a su vez la mantenía de la Ley 14.511, y refleja un principio general del derecho en cuanto a la prevalencia del título más antiguo.

No estimamos necesario mantener el Nº 2 del antiguo art.53 BIS. de la Ley 17.729 y sus modificaciones.

28) Reemplácese el inc. 1 del art. 78 por el siguiente:

"Toda vez que al Director Regional de CONADI se le solicite patrocinio para la defensa y representación de los indígenas en los juicios con particulares a que se refiere esta Ley proporcionará un abogado al indígena afectado".

Se mantiene el inc. 2.

Se reemplaza el inc. 3 por el siguiente:

"los indígenas gozarán de privilegio de pobreza para todos los efectos legales y administrativos por el solo ministerio de la ley".

EXPLICACION:

Se reemplaza el inc. 1 ya que jurídicamente la forma de redacción era claramente errónea. No es posible que el Director Regional de CONADI que no es parte sea el que confiere el patrocinio y poder al abogado. La CONADI no es parte en el juicio. El abogado asumirá la defensa del indígena, y será éste quien le dará las facultades propias del mandato judicial. El rol de CONADI es facilitar la asistencia judicial, lo que cumple proporcionado o poniendo a disposición del indígena un abogado.

Se propone el inc. 3 que era la forma en que estaba la Ley 17.729, dado que el sistema de acreditación del privilegio vía certificado será absolutamente inoperante, complicará el acceso al mismo por parte del indígena y dará mayores obligaciones a CONADI que no se justifican en este caso.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

### 28.- AGREGASE EL SIGUIENTE ARTICULO.

"Interpretase el Art. 21 de la Ley 17.729, modificado por los Decretos Leyes 2568 y 2750 de 1979, en el sentido que dicha norma y sus efectos se aplica sólo al terreno efectivamente dividido conforme al procedimiento de dicha ley.

Establecido un remanente se reabrirá el juicio de división de la reserva, presentado CONADI un proyecto complementario del anterior en el que se considerará como ocupantes a quienes se hubiere conferido tal calidad de haberse dividido integralmente el Título de Merced.

#### EXPLICACION:

Con ello se corrigen los efectos de la división en cuanto a que terreno de la Comunidad amparado por el Título de Merced que por diversas razones quedó fuera de la división de la Comunidad, por efectos de la división perdía también su calidad de tierra de indígena, perdiendo los indígenas su dominio y ocupación.-

Los indígenas pedían la división de su reserva, es decir todo lo comprendido en el Título de Merced, sin embargo si se dividía una superficie menor, quedando fuera terrenos comunitarios, por estimarse que concluía la división, incluso lo no afectado, dejaba de ser tierra indígena, perdiendo vigencia a su respecto el Título de Merced.

Con esta interpretación se deja abierta la posibilidad de que si faltó terreno en la división, este pueda aún distribuirse. Jurídicamente lo que habría pasado es que el procedimiento de división habría quedado incompleto, porque no se habría comprendido todo el Título de Merced, y como el proceso es respecto de toda la reserva, este debe ser completado respecto de lo faltante (Inc. 2).

Ello soluciona el problema de que pasa con el faltante; soluciona además el problema de que como se distribuye este faltante recuperado, y soluciona finalmente la cuestión de quien acciona para recuperar este faltante. En efecto, ya que como lo faltante pasa a ser tierra indígena se aplican la costumbre judicial en cuanto existir un mandato tácito y recíproco entre los indígenas para demandar. (La demanda de restitución la hacía normalmente un indígena que decía comparecer por los otros siendo aceptado tradicionalmente por los Tribunales).

o en cuanto a que como el abogado defensor de indígenas representa a los indígenas por el solo ministerio de la Ley en los juicios con particulares, este podía comparecer invocando esta representación ipso - jure demandado a los particulares (recuerdese que en la actual ley el abogado Jefe del Departamento de tierras tiene la calidad de defensor de indígenas).

29.- AGREGASE EL SIGUIENTE ARTICULO.

"La acción del Art. 17 respecto de los contratos celebrados entre 1979 y la entrada en vigencia de esta ley prescribirá en el plazo de cinco años contado de esta última fecha.

El Juez para resolver verificará si ha existido o no abuso patrimonial contra el indígena, circunstancia que calificara en cada caso.

El llamado a conciliación será obligatorio en cualquier estado del Proceso.

EXPLICACION:

Con esta norma se soluciona el problema de los contratos de arriendo a 99 años celebrados en dicho periodo, y cuyos precios pactados eran perjudiciales a los indígenas.

Estimamos que no hay retriactividad, ya que el Inc. 1, no crea un vicio específico, sino una obligación de investigación del Juez, en todo caso ya prevista en el derecho común en los casos de nulidad de absoluta, y no lo libera de la obligación de señalar un vicio específico en el acto o contrato que lleve a la nulidad, que en este caso es el objeto ilícito.

Establecida así la simulación de un contrato, en el periodo referido, y acreditada la ilicitud de objeto, el juez lo anulará. En los demás no procederá esta nulidad.

Creemos que ello es justo para el indígena, y para el particular que pago un precio idóneo en los contratos de arriendo a 99 años, que obviamente eran simulación de una venta.

En derecho y justicia estimamos que nadie se opondrá a una norma como esta, que en el hecho es más restrictiva que aplicar las normas comunes que vía la simulación y la nulidad consecuencial por ilicitud de objeto podrá acabar con todos los contratos, sin perjuicio de la traba del Art. 1468 del Código Civil.-

La conciliación además genera una instancia apta para soluciones salomónicas.

30.- ARTICULO 80.

Debe corregirse la referencia al D.L. 2568 y decretos posteriores y reemplazarla por ley 17.729 y sus modificaciones y ley 18.910.

OBSERVACION:

Creemos que se debe analizar la mecánica del traspaso que no se encuentra clara en la norma.

31.- ARTICULO 81.

La expresión "miembros" se ha de cambiar por "funcionarios".  
Al respecto creemos que la ley ha de establecer los siguientes mecanismos:

- a). Los funcionarios de INDAP que trabajan en su Departamento de Asuntos Indígenas con 15 años de servicios podrán jubilar con el 100% de remuneraciones imponibles.
- b). Los funcionarios que no jubilen o no cumplan los requisitos para jubilar pero que resultan afectados por este traspaso podrán optar por la indemnización del Art. 148 de la Ley 18.834.
- c). Los funcionarios que no jubilen y no opten por la indemnización deberán ser respetados en la CONADI con su mismo grado y remuneración y asignados a funciones que no impliquen una menor jerarquía o ajenas al conocimiento que el se encuentra dotado.

EXPLICACION:

Estimamos que estas medidas que se encuadran dentro de lo que ha sido una política tradicional del Estado en el caso de traspasos de funcionarios a otros Servicios Públicos, son de justicia mantener.

ARTICULO 84 y 85.

SE ELIMINAN Y SE SUSTITUYEN POR LO SIGUIENTE:

ARTICULO

El Capítulo II de la Ley 17.729 y sus modificaciones, salvo el Art. 26 se mantendrá vigente respecto de los procesos de división, regularización y liquidación pendientes a la fecha de vigencia de la presente Ley, que afecten a tierras indicadas en el Art. 1, de dicho texto legal, en su Art. 25 y en el Octavo del D.L. 2568 de 1979.



Para todas las reservas cuyo plazo de verificación de derechos señalado en el Art. 29 de la Ley 17.729 y sus modificaciones se encuentre vencido a la entrada en vigencia de esta ley, se abrirá un nuevo proceso de liquidación sujetos a las disposiciones del párrafo II del Capítulo II de dicha Ley, en que el plazo se contará desde los sesenta días de la vigencia de la presente ley.

Las tierras indicadas en el Art. 1, de la ley 17.729 y sus modificaciones, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley no hayan impetrado el proceso de división y liquidación establecido en su Capítulo II, podrán en el plazo fatal de seis meses contados de su vigencia, solicitar a CONADI la aplicación a su respecto.

Aquellas que no opten por este mecanismo se sujetarán a las reglas generales previstas en esta ley.

Todas las referencias hechas al INDAP en el Capítulo II de la Ley 17.729 y sus modificaciones se entenderá hecha a la CONADI, la que asumirá por el solo ministerio de la ley a través de los abogados que designe su Director la representación que en las causas tenían los Abogados defensores de indígenas.

Los fondos del presupuesto de INDAP., previstos para el DASIN serán traspasados a CONADI quien los administrará de acuerdo a las normas anteriores.

#### EXPLICACION:

Esta norma que fue objeto de arduo debate se estima contempla el mecanismo más idóneo para el traspaso de las funciones pendientes en INDAP a CONADI.

Soluciona además una profunda injusticia, producida en aquellas casi 400 Comunidades Indígenas en cuyo proceso de liquidación no concurrió ningún ausente a cobrar sus derechos, por desconocimiento de esta obligación estatal.

Permite además que aquellos ausentes en las restantes comunidades en que si comparecieron algunos a reclamar sus derechos, puedan ahora cobrarlos.

Crea el mecanismo para poner término a los juicios pendientes de división y liquidación del Art. 10 y 25 de la ley 17.729 y los procedimientos de regulación del Art. 8, del D.L. 2568 que en un número cercano a 70 se encuentran pendientes en los juzgados.

Pone además término al caso de las 10 Comunidades Indígenas que están sin división y con Título de Merced vigente, dándole un plazo de seis meses para optar por seguir tal cual están o dividirse con el procedimiento de la Ley antigua.

Los Art. 84 y 85 tal como estaban redactados dejaban muchas confusiones con la realidad de los procesos de división y regularización, lo propuesto señala un mecanismo claro y expedito de operación.

Se optó por no señalar plazo para la duración de lo que queda pendiente ya que ello sería entorpecer la operación de CONADI. En efecto, se estima que en los procesos de liquidación activándolos al mismo ritmo de INDAP., esto es con varios abogados destinados exclusivamente a procesos y con más de 20 personas elaborando los proyectos de liquidación se necesitan más de diez años para concluir. Si pensamos que CONADI tendrá otras prioridades, que su planta es ínfima, que capacitar al nuevo personal que se hará cargo de confeccionar los proyectos de liquidación y tramitar las causas hasta la confección de borradores de sentencia, llevará bastante tiempo, obviamente se justifica plenamente no señalar un plazo que será imposible de cumplir.

33.- ARTICULO 86.

Sustitúyase la palabra dictación por vigencia y elimínase el ETC.

34.- ARTICULO 87.

Queda como sigue:

Dentro de los tres años posteriores a la vigencia de esta Ley Bienes Nacionales deberá traspasar los predios fiscales disponibles ubicados en la X Región la que realizará los planes de asignación y regularización correspondiente de acuerdo con los criterios de propiedad indígena que establece esta ley a comunidades huiliches o vivientes o colindantes o donde no las hubiere a nuevos asentamientos.

35.- ARTICULO 88.

Reemplázase la palabra dictación por vigencia.

36.- DISPOSICION FINAL.

QUEDARA COMO SIGUE: La presente Ley deroga la Ley 17.729 y sus posteriores modificaciones establecidas en los Decretos Leyes 2568 y 2750 de 1979; las disposiciones del D.L. 2568, y la letra "q" del Art. 5 de la Ley 18.910, salvo lo establecido en esta ley.

## NOTAS

- 1.- En todos aquellos casos en que se expresa "Asociaciones Indígenas del Art..... ", nos estamos refiriendo a aquella por nosotros propuesta y que persigue fines de lucro.
- 2.- Se ha constatado una errónea referencia al D.L. 2568 de 1979. Lo correcto es referirse a la Ley N° 17.729 y sus modificaciones.
- 3.- En este estudio no se analizaron todas las normas, sino sólo el articulado hasta las Asociaciones Indígenas, y del Procedimiento en adelante, debido al escaso tiempo con que se contó para expresar una opinión.
- 4.- No hemos entrado a considerar el enfoque global de la Ley, ya que entendemos que ello es materia definida. Sólo analizamos la normativa dentro de ese enfoque, a fin de acoger las lecciones de la experiencia, de aquellos que por años han trabajado diariamente en la aplicación del Derecho Indígena.
- 5.- Creemos que aún queda mucho por mejorar y discutir y sinceramente anhelamos que en aras de una urgencia legislativa, no se obvien correcciones, que después será necesario lamentar no haberlas introducidos.
- 6.- Un punto que no incorporamos en el articulado es que pasa con la regularización de los títulos de los predios que pasan a ser Indígenas, y que ya están irregulares o pasen a quedar así en el futuro.

Existen permanentes solicitudes, aún hoy en día a INDAP y Bienes Nacionales con este objeto, y estimamos que esta realidad no se puede obviar.

Una alternativa de solución sería incorporar una norma que posibilitara sanear la tierra Indígena por el D.L. 2695, a petición del CONADI, quien podría contratar directamente a la Empresa Contratista, o convenir con Bienes Nacionales la forma de realización.-

.....

## FUNDAMENTOS DE ALGUNAS REFORMAS PROPUESTAS

- 1) Justificación de sustitución de Art. 6 por el que se propone:  
El procedimiento de acreditación muy similar al antiguo se estima más viable que el propuesto en el proyecto por:
  - a) Se elimina el carácter de única vía de acreditación de la calidad de Indígena de este certificado, dejando abiertas otras alternativas.
  - b) Se entrega la competencia para conocer de la reclamación a la autoridad judicial más cercana al domicilio del interesado.
  - c) La tramitación sin forma de juicio, oyéndose a CONADI, da una solución rápida y con conocimiento de causa a la cuestión.  
No es conveniente indicar que se tramitará breve y sumariamente por los problemas de notificación y tramitación.
  - d) El interés que se exige para poder reclamar se estima suficiente garantía de seriedad, máximo cuando es un término ya definido jurisprudencialmente.
  - e) La redacción es más precisa.
- 2) Justificación de que el art. 7 sea redactado como se propone:  
Cambia el inciso segundo dado que la práctica judicial indica que tradicionalmente los casos de posesión notoria se han planteado en trámites voluntarios (posesiones efectivas, rectificaciones de partida, etc). en los cuales la información testimonial prestada, es normalmente fraudulenta, lo que ha llevado a los Tribunales ha exigir un informe técnico de INDAP, para avalar lo declarado, informe que muchas veces ha demostrado lo falaz del testimonio.  
Además se considera que un trámite de esta naturaleza ha de ser estrictamente Judicial, en el que la convicción del Tribunal se forma a través de la concurrencia copulativa de la información testimonial y del informe técnico.  
Esta petición se podrá hacer en cualquier gestión judicial; ampliándose así el ámbito de aplicación, - restringido por el Art. 4º de la Ley 17.729 a juicio - en la práctica se aplicaba en todo trámite - dándose la tramitación incidental, si el asunto es contencioso, o sin forma de juicio, si es un trámite voluntario.  
Se agrega la obligación del Registro Civil de efectuar las rectificaciones que el caso requiera, dado que ante el vacío tradicional de la norma, se daba el caso que la persona que obtenía el reconocimiento de su posesión notoria, no podía lograr que ella constara en sus partidas de Estado Civil.  
Finalmente se agrega el inciso tercero, ya contemplado en el Art. 4 de la Ley 17.729 - actualmente vigente dado que él da validez al matrimonio poligámico - que todavía existe - señalando el mecanismo de distribución de los bienes comunes en este caso.

Tal norma es fundamental mantenerla, dado que ella permite establecer las cuotas hereditarias en procesos de liquidación de reservas, como ante sucesiones que se encuentran enfrentadas a un proceso particional. Su falta provocaría un desastre en los procesos de liquidación.

3) Fundamentación de redacción Art. 9.

Se divide la enumeración de las tierras indígenas en dos incisos, para diferenciar entre aquellas que son indígenas por consecuencia de su título independiente del hecho de quien la esté ocupando, y aquellas que pasan a tener el carácter a consecuencia de su ocupación en propiedad y/o posesión por un indígena.

En efecto la forma en que venía en el proyecto, en cuya virtud era requisito básico la ocupación del indígena provocaba que tierras de siempre consideradas indígenas, como un ser Título de Merced vigente o una radicación, por el solo hecho de estar ocupadas por un particular aunque sea en posesión material, ya no era indígena. Los juicios de restitución de tierras amparadas por un Título de Merced no podrían sujetarse a estas normas porque no sería tierra indígena, etc.

La lógica nos indica así diferenciar entre aquello que es indígena en virtud de su título, y aquello que lo es por la ocupación.

Se repite así en el inc. 1. el art. 1 de la Ley 17.729 y sus modificaciones, y en el inc. 2 se agregan todas las nuevas tierras no cubiertas antiguamente por el concepto.

En este último caso hemos eliminado la expresión actualmente, para posibilitar que las tierras asignadas por el Fondo de Tierras pasen a tener la calidad de indígenas.

Se ha agregado la palabra rural en varios casos de tierras citadas, en especial al D.L. 2695, porque se ha deseado excluir las tierras saneadas por un indígena pero ubicadas en zonas urbanas.

Se amplía la norma para incluir las hijuelas resultantes de la división de las reservas indígenas por leyes anteriores, dado que tanto en la nueva redacción como en la antigua no estaban comprendidas. La antigua redacción si bien no agregaba la palabra indivisa, excluía a contrario sensu las hijuelas al mencionar únicamente las resultantes de la división de la Ley 17.729 y sus modificaciones.

Se incorpora finalmente la palabra regularizada para cubrir los casos de la Ley de Propiedad Austral y textos de saneamientos anteriores al D.L. 2695 por los cuales sanearon tierras algunos indígenas.

4) Justificación de sustitución art. 12, 13 y 14.

Las normas sobre protección del dominio de las hijuelas resultantes de la división de una reserva que en la actualidad se consultan en la Ley 17.729, han resultado, en la práctica, insuficientes para



impedir que el dominio o la explotación permanente, de tales tierras pasen a personas que no tienen la calidad de indígenas.

Para el logro de tal propósito se han desarrollado diversas argucias jurídicas cuya aplicación ha sido posible por los vacíos que presenta la actual Ley.

Así por ejemplo, como la ley no prohíbe ni limita los arrendamientos, es frecuente que estos se pacten a 99 años o más, con el pago anticipado de la venta total de arrendamiento, lo que en la práctica se traduce en una venta simulada que no cumple con las autorizaciones que la Ley Indígena exige. La promesa de compraventa, otro contrato no regulado, se estipula con entrega inmediata del predio prometido vender y con un mandato irrevocable por parte del indígena a un tercero para que al término del plazo de la prohibición éste suscriba al contrato de compraventa con el promitente comprador. La permuta de bienes raíces, contrato autorizado expresamente por la Ley, se celebra con la modalidad de que el indígena recibe un bien de escaso valor. no equivalente al propio, y la diferencia se le paga en dinero efectivo, esto es, mediante la forma de una permuta se encubre una compraventa. Por otra parte, y como la Ley nada estipuló respecto a la inembargabilidad de las hijuelas, en la actualidad están siendo embargadas por diferentes obligaciones contraídas por los indígenas y posteriormente sacadas a remate. Asimismo, la liberalidad para constituir derechos reales sobre el predio ha permitido la constitución de usos, usufructos vitalicios, goces, hipotecas etc. que han implicado directa o indirectamente la pérdida del dominio o explotación del predio por parte del indígena.

También se ha recurrido a la argucia de demandar al indígena por el cumplimiento de una obligación económica cualquiera, resolviéndose posteriormente el asunto mediante un avenimiento judicial por el cual el indígena cede en beneficio del demandante todo o parte de su predio.

Al respecto, es necesario tener presente que un avenimiento aprobado por el Juez de la Causa tiene el mismo mérito de una sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales (art. 267 del Código de Procedimiento Civil).

De otra parte, se estima necesario mantener una norma que contempla la indivisibilidad de las tierras a fin de evitar su atomización.

Sin embargo, se estima conveniente permitir la división de las tierras indígenas individuales en los casos previstos en la norma.

Un análisis especial merece la subdivisión de la hijuela en el caso de sucesión por causa de muerte. El inciso 1º del actual art. 26, establece la indivisibilidad de las hijuelas, aún en caso de sucesión por causa de muerte.

Frente a estos casos se propone que en la partición de bienes dejados por uno de los cónyuges, la propiedad del causante, se adjudique a un comunero, debiendo observarse un determinado orden de prelación, fijado por el Reglamento, que podría ser:

- a) Cónyuge sobreviviente que al momento del fallecimiento del causante estuviere explotando el predio.
- b) El hijo legítimo, natural o adoptivo que al momento del fallecimiento del causante estuviere explotando el predio.
- c) Los demás herederos que estuviesen explotando personalmente el predio.

Si los herederos renuncian a este derecho de adjudicación preferente deberá permitirse la subdivisión previa autorización del Director Regional de CONADI el que la otorgará si el fraccionamiento de la propiedad que se propone no perjudique la productividad del suelo. Se ha estimado conveniente que sea el funcionario aludido quien pondere en cada caso y no condicionar la subdivisión en un tamaño mínimo de los predios resultantes como lo hacía el art. 19 del D.F.L. Nº 6, de 1968, que la refería a una "Unidad Agrícola Familiar", concepto complejo y poco práctico. Además el tamaño óptimo de explotación de un predio depende de una serie de variables tanto físicos como empresariales que necesariamente deben ponderarse en forma individual.

En el caso de la adjudicación preferente, el heredero beneficiario deberá pagar a los restantes herederos o cesionarios, las acciones y derechos que les hubieren correspondido, mediante un crédito otorgado por INDAP.

5) Justificación modificación del art. 16.

Se elimina el carácter que se da el Registro Nacional de Propiedad Indígena, en cuanto a funciones del Conservador de Bienes Raíces de la propiedad indígena.

Hoy casi el 99% de las tierras indígenas mapuches están insertas dentro del Registro del Conservador de Bienes Raíces, lo que equivale sólo en lo dividido por la Ley 17.729 a alrededor de 70.000 inscripciones, estando afectas ya a gravámenes, transferencias, subinscripciones, que hacen impensable su traspaso a un régimen catastral diverso. Los efectos de una medida como la señalada serían desastrosos en el sistema registral, con impensadas consecuencias.

El Registro que se cree solo puede tener fines administrativos y nada más.

6) Justificación del rechazo a actual redacción art. 15.

Tal norma desconoce la realidad jurídica de la propiedad indígena mapuche, que está inscrita en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, y que para mantener su vigencia en el tiene que respetar

los mecanismos previstos en el derecho común para conservar la historia de la propiedad raíz y solemnizar su transferencia y transmisión.

¿ Se ha pensado en el inconveniente práctico de juez enfrentado a la posesión efectiva de un indígena, en que no pudiendo aplicar las ordenes sucesorales comunes, tiene que obtener primero se le acredite el derecho consuetudinario, para determinar a quien se le concede?.

Es fundamental pues, que en cuanto a la transmisión y transferencia se aplique el derecho común, sin perjuicio de las salvedades de esta Ley como ser la posesión notoria de estado civil, las formas de subdivisión y maximización de la propiedad.

Por ello optamos por la redacción del proyecto Nº 4 y no del quinto en esta materia.

#### Justificación de agregado al Art. 17.

Se agregó la referencia al art. 1468 del Código Civil, ya que lo que ésta norma crea es un mecanismo de investigación, más no un vicio específico del acto o contrato.

El Juez una vez investigado tendrá que concluir en un vicio, el cual es el objeto ilícito por infracción de una norma prohibitiva, caso en el cual anulará el contrato.

Sin embargo anulado el contrato, como ambas partes obviamente procedían de mala fé, ya que a sabiendas trataban de burlar una norma legal, creando esta figura simulada que el Juez declara y después anula, por aplicación del art. 1468 las cosas no volvían al estado anterior, no alterándose la realidad existente por su anulación.

Con la modificación propuesta se puede aún este evento repetir lo dado o pagado, pudiendo el Juez sancionar a la parte que obró no solo a sabiendas sino con ánimo de perjudicar al indígena.

Con ello se genera un tratamiento diferenciador entre aquel que por ejemplo contrato a 99 años pagando un precio correcto, y otro que pago un precio injusto.

#### Justificación de Reforma Inc. 2 Art. 21.

Con las reformas propuestas creemos se estructura un procedimiento mucho más rápido y expedito para el indígena.