INFORME
A LA
COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA
SOBRE
LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES CATALOGADOS COMO TIERRAS INDÍGENAS POR PARTE DE
PERSONAS QUE NO CUMPLEN LAS CONDICIONES Y REQUISITOS QUE LA LEGISLACIÓN INDÍGENA
EXIGE PARA LA TRANSFERENCIA O DISPOSICIÓN DE DICHOS INMUEBLES

Presentado por
María Sara Rodríguez Pinto
Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de los Andes (Chile)

Introducción

1. La Comisión especial investigadora sobre la adquisición de inmuebles catalogados como “tierra indígena” por personas que no cumplen con las condiciones y requisitos que la legislación indígena exige para la transferencia o disposición de dichos inmuebles (en adelante, la Comisión) me ha honrado con una invitación para exponer al tenor de su mandato en la sesión de hoy.

Agradezco esta invitación y ofrezco respetuosamente a los honorables diputados que la integran las consideraciones que presento a continuación. La opinión que ofrezco se hará desde el punto de vista de mi especialidad en Derecho Civil.

2. En lo que interesa desde el punto de vista jurídico, el caso que motiva el establecimiento de esta Comisión puede resumirse de la siguiente forma. El comprador, actualmente Subsecretario de Interior, adquiere de la vendedora, que es mujer no indígena separada totalmente de bienes. En tanto que la vendedora adquiere por adjudicación en la liquidación de la indivisión que se formó al disolverse la sociedad conyugal que tuvo con su marido perteneciente a etnia indígena por el pacto de

separación total de bienes. Perteneciente a una etnia indígena y casado en sociedad conyugal con la vendedora, el marido adquiere por compra a un hermano de la misma etnia indígena.

Se cuestiona la validez del acto legal de partición por el que la vendedora adquiere por adjudicación. Se cuestiona la posterior enajenación de algunos lotes de estos mismos terrenos al actual señor Subsecretario del Interior. Se cuestiona la desafectación de estos terrenos del régimen especial de propiedad indígena por un acto de adjudicación.

3. Por tanto, desde el punto de vista del Derecho Civil las preguntas que surgen de este caso son las siguientes:

1º, Si por el hecho del matrimonio una persona no indígena adquiere la calidad indígena de su marido o mujer;

2º, Si el título de *adjudicación* por el que adquiere la antecesora en el dominio del actual señor Subsecretario del Interior constituye una *enajenación* prohibida por el artículo 13 de la ley N° 19.253, de 1993;

3º, Si el título de adjudicación a persona no perteneciente a una etnia indígena produce la *desafectación* de los respectivos lotes o hijuelas del régimen especial de la ley N° 19.253, de 1993; y

4º, Si se observa algún vicio de nulidad en el título de compraventa por el que adquiere el señor Subsecretario del Interior, de persona plenamente capaz, no perteneciente a una etnia indígena.

Como cuestión previa, se considera necesario ofrecer un resumen del actual régimen de afectación y desafectación de tierras indígenas. Empiezo por esto.

I. Cuestión previa. La afectación y desafectación de tierras indígenas

4. La ley N° 19.253, de 1993, sobre “protección, fomento y desarrollo” de los indígenas, protege la tierra “indígena” con la exención de impuesto territorial (artículo 12) y múltiples asignaciones del presupuesto general de la nación. Entre otros, un FONDO DE TIERRAS Y AGUAS INDÍGENAS (artículos 20 a 22, ley N° 19.253, de 1993; D.S. N° 395,

Planificación y Cooperación, de 17 de mayo de 1994) y un FONDO DE DESARROLLO INDÍGENA (artículos 23 a 25, ley N° 19.253, de 1993; D.S. N° 396 de 1994).

Interesa mucho, por tanto, determinar cuáles son tierras indígenas, cómo ingresan tierras al régimen de la ley, a qué limitaciones y restricciones quedan sujetas; y cómo pueden salir del estatuto especial de esta ley.

A. TIERRA INDÍGENA, REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS Y AFECTACIÓN DE TIERRA INDÍGENA

5. Las causas por las que determinadas extensiones de tierra pueden ser “indígena” están asociadas al uso y posesión *legítima* de ellas por personas o comunidades “indígena”. La ley N° 19.253, de 1993, es un *estatuto personal* de “protección, fomento y desarrollo de los indígenas”. Por tanto, son tierras indígenas las que personas o comunidades indígenas tienen por un título legítimo, es decir, mencionado expresamente en la ley. El artículo 12, lugar donde están enumerados los títulos por los que determinas extensiones de tierra son o pueden ser tierra indígena, agrega expresamente: “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”. Para que una extensión de tierra sea indígena tiene que tener título legítimo y a nombre de persona o comunidad indígena. Es decir, la tierra es indígena porque sus legítimos titulares son persona o comunidad indígena.

6. En esta cuestión previa es imprescindible un breve análisis del artículo 12 de la ley, donde se enumeran los títulos por los que personas o comunidades indígenas pueden ser titulares de tierra indígena.

Artículo 12.- [Inciso 1º] Son tierras indígenas:

1º 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 [leyes de regularización de poblaciones en situación irregular, cesiones de tierras fiscales y de regularización de la pequeña propiedad raíz], y

e) Aquellas que los *beneficiarios indígenas* de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, [leyes de la reforma agraria] 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, *provinendo 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*.

[Inciso 2º] 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.

[Inciso 3º] Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales.

7. Se observa que hay dos categorías de títulos. Unos (artículo 12, numeral 1º, literales *a*), *b*), *c*) y *d*); con relación al numeral 3º; y numeral 4º) producen la afectación de los territorios por el solo ministerio de la ley. Otros (artículo 12, numeral 1º, literal *e*), y numeral 2º, también con relación al numeral 3º) sirven para que el titular persona o comunidad indígena pida voluntariamente su afectación por registro del título en el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS.

8. En el artículo 12 aparecen, por primera vez en la ley, referencias al REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS cuando se trata de afectar voluntariamente como “indígena” las tierras con que las leyes de reforma agraria beneficiaron a personas o comunidades indígenas (artículo 12, numeral 1º, literal *e*)); y las tierras históricamente ocupadas y poseídas por personas o comunidades indígenas (artículo 12, numeral 2º). En estos casos, el ingreso de las tierras al registro es voluntario. Sólo por dicho registro se produce la afectación de los terrenos al régimen de la ley. En el resto de los casos enumerados en el artículo 12 (títulos de merced, de comisario, títulos de regularización con que han sido favorecidos por distintas leyes) la afectación se produce por el solo ministerio de la ley o, como expresa el artículo 12, numeral 3º, por efecto de resoluciones judiciales.

Conviene observar que no se exige actuación administrativa alguna de la CONADI para afectar territorios como tierra “indígena”. La tierra indígena está afectada por el solo ministerio de la ley, mientras tiene como titulares a personas o comunidades indígenas; o

puede ser afectada por su registro en el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS a solicitud de los titulares personas naturales o comunidades indígenas.

9. ¿Qué función cumple entonces el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS?

En primer lugar, cumple la función de publicidad que se atribuye a todo registro público. Según se desprende de los artículos 12, 13, 14 y 18 de la ley N° 19.253, todas las inscripciones del registro cumplen una finalidad especial de publicidad y, consiguientemente, de prueba de la calidad indígena de determinadas tierras. Sin embargo, el registro no prueba propiedad ni posesión; sino sólo la calidad “indígena” de los terrenos ingresados en él.

En segundo lugar, es necesario advertir que el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS es un catastro de la tierra “indígena”; es decir, un registro de la descripción física, económica y jurídica de dicha tierra. Nuevamente, el registro no sirve para probar la propiedad o dominio, sino sólo la calidad “indígena” de la tierra.

Otros catastros que existen en Chile son el rol de avalúo para el pago de impuesto territorial (D.F.L. N° 1, de 1998), el catastro de bienes fiscales (D.L N°1.939/1979, D.L. N° 3.274/1980 y D.S. N° 386, de 1981) y el catastro de comunidades agrícolas a cargo del Ministerio de Bienes Nacionales (D.F.L. N° 5, de 1968, ley de comunidades agrícolas). Todos estos tienen distintas finalidades, como la sujeción a cargas, obligaciones o beneficios; y, en forma transversal, tienen el fin de dar publicidad a la propiedad raíz. No son registros de propiedad. Ninguno de ellos está sincronizado con el Registro de Propiedad correspondiente, a cargo de los conservadores de bienes raíces.

El REGISTRO DE PROPIEDAD INDÍGENA es un registro catastral, cuya finalidad no es la afectación ni desafectación de propiedad, sino dar publicidad y facilitar la prueba. Por excepción, solo en dos casos la inscripción cumple una función de afectación de los terrenos como tierra indígena.

10. Recapitulando lo dicho anteriormente. La primera excepción consiste en la obligación de registrar los títulos provenientes de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, es decir, leyes de reforma agraria, que hubieren favorecido a personas o comunidades indígenas, cumpliendo los requisitos que en ellas se establecen (artículo 12, literal *d*) ley N° 19.253). Los indígenas cuyos títulos de propiedad provengan de la primera o segunda

leyes de reforma agraria deben inscribir estos títulos en el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS para que dichas parcelas queden afectadas como tierra “indígena”.

La segunda excepción se refiere al artículo 12, número 2º. Es decir, a tierras que *“históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades [individualizadas en la ley] 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”*. El título de ocupación y posesión “histórica” requiere ser validado mediante su ingreso al REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS. El artículo 15 expresa, en todo caso, que la CONADI podrá denegar inscripciones por “resolución fundada”.

11. Por tanto, la inscripción en el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS no reemplaza a las inscripciones que manda hacer el Código Civil para la transferencia y publicidad de la propiedad de todo el territorio de la República.

El mismo artículo 15 agrega que “Los Conservadores de Bienes Raíces deberán enviar al citado REGISTRO [...] copia de las inscripciones que realice y que recaigan sobre los actos y contratos a que alude el artículo 13 de esta ley”.

Por otra parte, el artículo 18 de la misma ley establece que “la sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común”; es decir, a las inscripciones que manda hacer el artículo 688 del Código Civil; “con las limitaciones establecidas en esta ley”. La sucesión de tierras indígenas comunitarias, en tanto, se sujetará “a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común”, es decir, por el artículo 688 CCch.

12. La tradición, transferencia o enajenación de tierra indígena por acto entre vivos entre personas indígenas o entre personas indígenas y terceros no indígenas, cuando estos actos son lícitos, se hace por inscripción del título en el REGISTRO DE PROPIEDAD correspondiente, a cargo de CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES competente, a nombre del adquirente (artículo 686 CCch).

Por otra parte, para disponer de cualquier manera de tierra indígena adquirida por herencia, previamente deben hacerse las inscripciones que manda hacer el artículo 688 CCch. Estas son: 1º/ la resolución administrativa o decreto judicial que confiere la posesión efectiva; 2º/ la inscripción especial de herencia de cada uno de los inmuebles comprendidos en la sucesión a nombre de todos quienes aparezcan como sucesores en

posesión efectiva (esta inscripción les permite disponer de consuno de los inmuebles que les han cabido en la herencia); y 3º/ la inscripción del acto legal de partición a favor de un heredero (sin esta última inscripción ningún heredero puede disponer por sí solo de inmuebles hereditarios).

Los Conservadores de Bienes Raíces deben enviar copia de estas inscripciones al REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS, cuando proceda, para exclusivos efectos de publicidad. La inscripción de un predio en el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS permite, como establece el artículo 15 de la ley N° 19.253, “acreditar la calidad de tierra indígena” para todos los efectos legales.

12. La calidad de tierra indígena se adquiere, podría afirmarse, por el solo ministerio de la ley en todos los casos, excepto en dos. La inscripción en el REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS permite a los titulares “acreditar la calidad de tierra indígena” (artículo 15) mediante certificados otorgados por el funcionario de la CONADI a cargo del correspondiente registro. Las inscripciones y certificaciones en este REGISTRO son gratuitas (artículo 8º Regl); las subinscripciones y cancelaciones se rigen por lo dispuesto en el REGLAMENTO DEL REGISTRO CONSERVATORIO DE BIENES RAÍCES (artículo 9º Regl).

En resumen, la tierra queda afectada como tierra indígena por alguno de los títulos enumerados en el artículo 12 de la ley N° 19.253, de 1993, excepto en el caso del artículo 12, numeral 1º, literal e) (aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, inscriban en el Registro) y el caso del artículo 12, literal 2º (aquellas que históricamente ha ocupado y poseen personas o comunidades indígenas siempre sus derecho sean inscritos en el Registro a solicitud de las comunidades o indígenas titulares de la propiedad).

B. LIMITACIONES Y RESTRICCIONES

13. La tierra indígena está liberada del pago de contribuciones de bienes raíces (artículo 12, inciso final) y goza de subsidios fiscales especiales. Pero, a la vez, y por estos mismos motivos, está sujeta a determinadas limitaciones y restricciones. En general, el Derecho Civil considera que son restricciones tanto los actos que la ley prohíbe como los actos que la ley permite, previa autorización especial de la autoridad.

14. Según el artículo 13 de la ley N° 19.253, de 1993, las actuales restricciones y limitaciones a que está sujeta esta propiedad afectan en algunos casos a titulares

personas naturales y comunidades indígenas, y en otros casos a unos o a otros. Son los siguientes:

1º/ Las tierras indígenas que no podrán ser embargadas, enajenadas, ni adquiridas por prescripción salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia (artículo 13, inciso 1º). Esto significa que están autorizadas las transferencias entre vivos por título gratuito (por ejemplo, donación) u oneroso (por ejemplo, compraventa) entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. Pero estos mismos actos de enajenación están prohibidos entre indígenas y personas no indígenas.

2º/ Las tierras indígenas no podrán ser gravadas (derechos de uso, usufructo e hipoteca) sin previa autorización de la CONADI; y siempre que el gravamen no afecte la casa habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia (artículo 13, inciso 2º). Los gravámenes son siempre a favor de terceras personas. La ley no exige que los gravámenes que autoriza la CONADI sean a favor de personas de la misma etnia.

3º/ Las tierras indígenas que pertenezcan a comunidades indígenas no se podrán arrendar, ni dar en comodato, ni ceder en uso, goce o administración (artículo 13, inciso 3º). Esta es una importante restricción para el aprovechamiento económico de la propiedad; pero tiene una explicación histórica en abusos pasados que buscaban eludir la prohibición de enajenar mediante arrendamientos de largo plazo. Hoy estos actos están prohibidos.

4º/ Las tierras indígenas que pertenezcan a personas naturales indígenas se podrán arrendar, ceder en comodato, en uso, goce y administración por plazos no superiores a cinco años (artículo 13, inciso 4º). A diferencia de lo que ocurre con las comunidades, las personas naturales indígenas pueden arrendar o ceder en comodato, en uso, goce y administración sus tierras, hasta por cinco años.

5º/ Las tierras indígenas que pertenezcan a personas naturales se podrán *permutar* por otras de igual valor comercial, con autorización de la CONDI; las tierras adquiridas por permuta “se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras” (artículo 13, inciso 4º). Las personas naturales indígenas pueden también permutar su propiedad, lo cual es un título de enajenación equivalente a la compraventa, por otras tierras de igual valor comercial, con autorización de la CONADI. Este caso es de especial interés porque es el lugar donde la ley reconoce expresamente que la afectación y desafectación se produce

automáticamente, por la autorización del contrato de permuta. La CONADI no está facultada para afectar tierras indígenas. La CONADI está obligada a autorizar (o negar la autorización). El efecto de desafectación y afectación se produce automáticamente. Los contratos de permuta deben ser inscritos en el Registro de Propiedad a nombre del adquirente. El Conservador está obligado a enviar copia de este contrato al Registro de Tierras Indígenas para la publicidad del acto. Los terrenos adquiridos por persona mapuche quedan afectados por permuta. Los terrenos adquiridos por persona no mapuche por permuta quedan desafectados por permuta.

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.

15. ¿Pueden interpretarse extensivamente estas restricciones? Es decir, ¿podría aplicarse estas restricciones y limitaciones a actos no mencionados en la ley? La doctrina chilena considera que las leyes prohibitivas y restrictivas no admiten de ningún modo una interpretación extensiva a casos no considerados expresamente en ella. Los actos y contratos no considerados en esta lista son actos y contratos entregados por entero a la autonomía de la voluntad de personas plenamente capaces.

Entre los casos de actos no prohibidos, es decir, lícitos, está justamente la separación de bienes (artículo 1723 CCch) y la posterior liquidación mediante adjudicación entre indivisarios (artículos 1776). La adjudicación no constituye enajenación. Antes de volver sobre este punto de la naturaleza de la adjudicación entre propietarios proindiviso, creo interesante referirme a las formas de desafectación de la propiedad indígena.

C. FORMAS DE DESAFECTACIÓN

16. Hemos concluido que el ingreso de terrenos al REGISTRO DE PROPIEDAD INDÍGENA sólo en dos casos produce la afectación de la propiedad al régimen de la ley N° 19.253; pero que, en general, la tierra queda afectada como “indígena” por un título y posesión legítima de personas o comunidades indígena. Y que, en todo caso, la inscripción en el Registro sirve para “acreditar” la calidad “indígena” de determinados terrenos. La pregunta es si la tierra “indígena” puede desafectarse por alguna causa legal; o si la vinculación de la tierra al régimen de la ley N° 19.253 es perpetua.

17. La ley N° 19.253, de 1993, menciona el término *desafectación* solo en una oportunidad. Sólo quedarían desafectadas las tierras “indígenas” que una persona natural indígena (no una comunidad) permute por tierras no indígenas de similar valor comercial, debidamente acreditado, con autorización de la CONADI. La autorización de la CONADI a este contrato produce la incorporación de las tierras no indígenas al régimen de la ley, “desafectándose las primeras” (artículo 13, inciso 3º, ley N° 19.253, de 1993).

En este caso, la desafectación se produce automáticamente por la autorización de la CONADI a la permuta de tierra indígena por tierra no indígena. La desafectación es el efecto de un contrato autorizado por la CONADI. La desafectación no es un acto administrativo de la autoridad sino el efecto que produce un contrato traslativo autorizado.

18. La pregunta es si podría producirse este efecto automático por otros contratos autorizados o, directamente, no prohibidos. ¿Puede desafectarse tierra “indígena” por actos o contratos distintos a una permuta autorizada por la CONADI? La ley no responde directamente esta pregunta.

Esto exige interpretar el régimen especial de dicha ley, en lo que se refiere a las limitaciones o restricciones que establece a la libre circulación de la propiedad entre personas indígenas y personas no indígenas.

19. El principio general de la propiedad en Chile es que está permitida su libre circulación. Sólo una ley de quorum calificado “puede establecer limitaciones o restricciones para la adquisición del dominio de algunos bienes” (artículo 19, N° 23 CPR). Es claro que la ley N° 19.253, de 1993, establece limitaciones o restricciones para la adquisición de tierra “indígena” por personas no indígenas cuando prohíbe enajenar y declara inembargable la

propiedad “indígena”. Cuando declara que los gravámenes deben contar con autorización de la CONADI; y que indígenas persona natural pueden permutar tierra indígena por otros terrenos con autorización de la CONADI (artículo 12). También sabemos que, según el artículo 12, “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”.

Si las restricciones y limitaciones deben interpretarse restrictivamente y la ley expresamente contempla un caso en que determinada propiedad queda desafectada automáticamente cuando es enajenada por permuta con otra propiedad de igual valor comercial de persona no indígena, autorizada por la CONADI, deberíamos concluir que otros casos en que tierra indígena pase a manos de persona no indígena por un título lícito debería producir igual efecto.

Esto tiene importancia para el caso de adjudicación a persona no indígena. El título de adjudicación radica en persona no indígena lo que antes tenía proindiviso con persona indígena; y se trata de un título declarativo lícito. ¿Por qué debería protegerse con los beneficios especiales de la ley a persona no indígena que adquiere con un título lícito lo que tenía pro indiviso con persona indígena?

La conclusión contraria iría en contra del sistema de libre circulación de la propiedad que existe en, en general, en Chile. Desde los albores de la República fueron abolidas todas las restricciones a la libre circulación de la propiedad, como los mayorazgos o vinculaciones. El régimen de la ley N° 19.253, de 1993, no podría establecer vinculaciones perpetuas, salvo restrictivamente en los casos expresamente autorizados. Pienso que nunca por interpretación extensiva de una ley prohibitiva podría reconocerse una vinculación perpetua.

Hasta aquí lo que hemos considerado cuestión previa. A continuación se analiza si el matrimonio con persona de etnia indígena comunica al marido o mujer no indígena el estatuto personal indígena.

II. ¿Se adquiere calidad indígena por matrimonio con persona indígena?

20. Esta cuestión tiene importancia. Si el matrimonio con indígena comunicara al cónyuge no indígena la calidad de indígena, la separación de bienes y posterior división de bienes comunes por adjudicación sería entre personas indígenas. Los actos que la ley prohíbe son las enajenaciones a persona no indígena. Es decir, sería innecesario examinar la naturaleza declarativa o atributiva del título de adjudicación. Sólo quedaría cuestionar la posterior enajenación de la mujer *indígena-por-matrimonio-con-indígena* a persona no indígena; y esta enajenación infringiría claramente el artículo 13 de la ley N° 19.253.

21. La ley sobre “protección, fomento y desarrollo de los indígenas” parece ser un estatuto personal especial, para chilenos de etnia indígena. Así se desprende de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de dicha ley.

El supuesto de personas no indígenas puedan acogerse a los beneficios de esta ley está considerado, particularmente, en el artículo 2º.

Ahí se afirma que se considerarán indígenas las personas de nacionalidad chilena “que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena”, como formas de vida, costumbres, religión “de un modo habitual” o “cuyo cónyuge sea indígena”. “En estos casos, será necesario, además, que [dichas personas] se *autoidentifiquen* como indígenas” (artículo 2º, literal c)). Es decir, el chileno no indígena casado con indígena puede ser considerado indígena si se *autoidentifica* como indígena.

22. En ciencias sociales, la autoidentificación se relaciona con la concepción y expresión que tiene cada persona acerca de su individualidad y acerca de su pertenencia o no a ciertos grupos. La autoidentificación es una convicción personal que no se desprende de hechos externos de los que pueda presumirse. Para que el matrimonio con persona indígena comunique la calidad indígena al marido o mujer no indígena es necesario que la parte no indígena se autoidentifique como tal.

La autoidentificación no es un hecho que se presuma. La autoidentificación es la concepción y expresión de la propia identidad. El hecho de mantener rasgos culturales, formas de vida, costumbres o una religión indígena “de modo habitual”, y el matrimonio

con indígena, no comunica la identidad indígena a una persona no indígena. Es necesario que esta persona se autoidentifique como tal.

23. Si la identidad indígena no se desprende de hechos, como los que describe el artículo 2º, literal c) de la ley, se exige alguna forma de declaración autónoma del sujeto. En términos jurídicos, diríamos una declaración expresa del individuo, pues no se presume de los hechos descritos en la ley.

Ahora bien, la ley no exige forma *solemne* para la expresión de autoidentificación. Puede hacerse de cualquier forma. Pero esto exige prueba. A falta de normas especiales en la ley, esta declaración puede probarse por cualquier medio de prueba que demuestre la voluntad del sujeto: puede constar por escrito, puede probarse por testigos, por confesión judicial, etcétera.

La prueba de autoidentificación como indígena de una persona no indígena forzosamente debe hacerse caso por caso. Esto significa que el que pretende la invalidación de la venta de un terreno efectuada por persona no indígena, autoidentificada como indígena por matrimonio con indígena, debe probar este hecho en juicio. Para ello podrá valerse de todos los medios de prueba que permitan demostrar la voluntad expresada de autoidentificación: instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informes de peritos, y presunciones judiciales (artículo 341 CPC, con relación al artículo 56 de la ley N° 19.253, de 1993).

24. Es importante tener en cuenta que “todo aquel que atribuyéndose la calidad de indígena sin serlo obtenga algún beneficio económico que esta ley consagra sólo para los indígenas será castigado con las penas” del delito de estafa u otras defraudaciones (artículo 467 CP) (artículo 5º, ley N° 19.253). La exención de impuesto territorial (artículo 12, inciso final) es un beneficio económico que la ley establece “sólo para los indígenas” (artículo 5º).

25. Podemos concluir que el solo matrimonio con persona indígena no atribuye la identidad indígena al marido o mujer. Esto es, por lo demás, regla general en Chile. El matrimonio con extranjero no comunica la nacionalidad chilena al marido o mujer de un chileno. La nacionalidad se adquiere, preferentemente, por el hecho de nacer en territorio chileno.

La ley N° 19.253, de 1993, sin embargo, admite que el marido o mujer no indígena, casado con indígena, se autoidentifique como tal. La autoidentificación no se presume de una forma de vida habitual ni del matrimonio con persona indígena. Esto significa que debe expresarse de cualquier forma autónoma.

26. El caso que convoca a esta Comisión no parece revelar una autoidentificación de la vendedora con la etnia indígena de su marido. La vendedora no estaría sujeta al estatuto especial de la ley sobre “protección, fomento y desarrollo de los indígenas”. El contrato por el que un tercero no indígena compra a una persona no indígena no está sujeto a las limitaciones del artículo 13 de la ley N° 19.253. La compraventa es un título que permite la enajenación; pero esta enajenación no está prohibida entre dos personas no indígenas, plenamente capaces, libre administradoras de lo suyo ante el derecho chileno.

III. La adjudicación no es enajenación

27. Volvemos a unos de los aspectos del caso que motiva esta Comisión. Según sabemos, la vendedora no indígena adquiere por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo con su marido indígena. Posteriormente subdivide y vende esos terrenos. ¿Qué es la adjudicación? ¿Por qué no es enajenación?

28. El Código Civil no define lo que sea adjudicación. El término se usa en dos sentidos, que SOMARRIVA (2006, n.524) denomina “jurídico” y “gramatical”. En sentido jurídico adjudicación es un término equivalente a acto legal de partición de una comunidad entre indivisarios. En sentido gramatical, adjudicación es el acto por el que un juez atribuye en dominio al mejor postor una especie que se vende en pública subasta. En este segundo sentido, la adjudicación es un título traslativo que causa enajenación. El juez representa legalmente al vendedor en la escritura pública que se extiende a favor del mejor postor, que es su comprador en pública subasta. La tierra indígena es inembargable (artículo 13). Por tanto, no posible que ocurra la venta en subasta pública de tierras indígenas embargadas por decreto judicial; nadie puede adjudicarse estas tierras en remate público.

La cuestión que ocupa a esta Comisión se refiere a la primera de las acepciones del término, es decir, a los actos por los que se divide lo que se tiene en común, que solo es posible entre indivisarios. Los que también se denominan “actos legales de partición” (artículos 687, 703 CCch). En este sentido, la doctrina chilena entiende por adjudicación

“el acto por el que se entrega a cada uno de los indivisarios un bien determinado que equivale a los derechos que le correspondían en su cuota parte de la indivisión o comunidad” (SOMARRIVA, 2006, n.524). Es decir, la adjudicación radica en el dominio exclusivo del adjudicatario lo que antes tenía en copropiedad con otros, por el valor de su cuota ideal en la propiedad indivisa.

29. Como acto legal de partición entre indivisarios, la adjudicación es un título declarativo de dominio (SOMARRIVA, 2006, n.524; PEÑAILILLO, 2019, n. 166). La adjudicación es título declarativo de un dominio exclusivo en bienes, partes o lotes que antes se tenían en copropiedad o proindiviso.

El Código Civil siguió claramente en esto al Código Civil francés, apartándose de la teoría romana que atribuía efectos traslaticios o atributivos de dominio a los actos de adjudicación. Los romanos consideraban que los actos legales de partición eran una permuta en que cada uno renunciaba a favor de otros indivisarios a su parte o cuota en cada uno de los bienes singulares o lotes a cambio de la renuncia de los demás indivisarios a la cuota parte que tenían en lo que le tocaba al adjudicatario. Una consecuencia muy elocuente de este efecto atributivo de la adjudicación en el derecho romano era que la hipoteca constituida por cualquier indivisario en bienes comunes subsistía, aunque estos bienes le cupieran a otro indivisario en la adjudicación. La hipoteca no se extinguía.

No ocurre lo mismo en Chile. La hipoteca constituida por un indivisario en bienes comunes que luego no le caben en adjudicación se extingue. El Código Civil chileno considera que el deudor constituyó hipoteca sobre cosa ajena; y sólo podría subsistir la hipoteca con el consentimiento expreso del adjudicatario (artículo 2417 CCch).

30. Este efecto declarativo del título de adjudicación se relaciona con el efecto retroactivo que la ley le reconoce, por el que cada adjudicatario se reconoce haber sucedido directamente al causante y no haber tenido jamás parte alguna en los otros bienes que se tenían proindiviso (artículo 1344 CCch). La ley reitera este efecto cuando expresa que “cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión” (artículo 718 CCch).

Como título declarativo y no atributivo de dominio, la adjudicación no es *enajenación*. El Código Civil menciona en numerosas disposiciones el término “enajenación”; pero no lo

define. Por lo que corresponde interpretar la palabra según su uso natural. En un primer sentido, enajenación es hacer ajena una cosa que antes era propia; es decir, transferir a otro lo que antes se tenía como propio. Solo es posible enajenar por acto entre vivos, a un título que la ley atribuya efectos traslaticios de dominio (compraventa, donación, aporte en sociedad y otros). Por esto es que la sucesión por causa de muerte no constituye enajenación. Por la defunción de una persona se opera una subrogación de los asignatarios en los derechos y obligaciones transmisibles del causante; es decir, estos últimos pasan a ocupar el lugar del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

31. Ahora bien, la enajenación solo es posible por un título traslaticio de dominio. Para que se produzca enajenación es necesario que opere el modo de adquirir tradición. La tradición de inmuebles, en Chile, se hace por la inscripción del título (traslaticio) en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo a nombre del adquirente. Un título traslaticio también permite la constitución de gravámenes, como el usufructo y la hipoteca; pero estos gravámenes constituyen enajenación sólo cuando se inscribe el título en el registro correspondiente, que en estos casos es el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces competente.

32. La adjudicación no constituye enajenación porque según los artículos 718 y 1344 CCch esta consiste en la radicación o declaración de que cada uno de los comuneros es dueño exclusivo de una parte o lote equivalente a la cuota ideal que antes tenía proindiviso con otros.

La adjudicación no es enajenación de la comunidad al comunero. Por este motivo es que pueden adjudicarse bienes embargados o litigiosos y el adjudicatario no deudor puede pedir que se levante el embargo o la prohibición sobre lo que le cupo en dominio exclusivo. Según el artículo 1464, la enajenación de bienes litigiosos o embargados adolece de objeto ilícito; pero no ocurre lo mismo con la adjudicación. ¿Por qué? Porque la adjudicación no constituye enajenación. El adjudicatario se entiende haber tenido siempre dominio exclusivo sobre la cosa que le cupo en la partición. Los embargos o litigios que la afectan se entienden hechos sobre cosa ajena, no perteneciente al deudor.

33. La sociedad conyugal se forma por el solo hecho del matrimonio (artículo 135 CCch). Pertenecen a la sociedad conyugal todos los bienes que los cónyuges adquieren a título oneroso durante su vigencia, sea que aparezcan inscritos a nombre del marido o de la

mujer (artículo 1725 CCch). En cambio, no ingresan a la sociedad conyugal los inmuebles que cualquiera de los cónyuges adquiere por adjudicación, si el título de indivisión es gratuito o anterior al matrimonio. Por ejemplo, herencia o compra en común antes del matrimonio. La enajenación es título de adquisición; pero no es enajenación. No hay tradente. Hay copropiedad. Ninguno de los adjudicatarios adquiere del otro, sino que se reputa haber adquirido del antecesor en el dominio. Aunque en el intertanto haya poseído por ellos la sociedad conyugal.

34. La sociedad conyugal se disuelve directamente por el pacto de separación total de bienes entre los cónyuges (artículo 1764, artículo 1723 CCch). También se disuelve consecuentemente por muerte de uno de los cónyuges, por sentencia de separación judicial o por sentencia de divorcio. La disolución de la sociedad conyugal produce un estado de indivisión por mitades entre los cónyuges, o entre uno de los cónyuges y los herederos de su marido o mujer; o entre los separados o divorciados. La división de los bienes comunes se sujeta a las reglas dadas para la partición de bienes hereditarios (artículo 1776 CCch). Según el artículo 1317, la partición de lo que tiene proindiviso puede pedirse siempre. Este es un derecho imprescriptible. La adjudicación es el acto por el que se declara el dominio exclusivo del adjudicatario en bienes sobre los que antes tenía una parte o cuota proindiviso (ex artículo 1334).

35. En Chile existe libertad para que un hombre y una mujer, de etnia indígena u originaria o no, chilenos o extranjeros, puedan casarse entre sí. Los únicos impedimentos son los que la ley establece. Entre estos no existe ninguno que se refiera al origen étnico, racial, ni a la nacionalidad de los contrayentes. Por otro lado, la ley establece que por el hecho del matrimonio se contrae entre los cónyuges sociedad de bienes (artículo 135 CCch). Por último, “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros” (artículo 14 CCch). “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código” (artículo 57 CCch).

La ley que permite sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes (artículo 1723 CCch) es ley general. Por tanto, los matrimonios entre indígenas, como los que se han formado entre una persona de etnia indígena y otra que no lo es, pueden pactar separación total de bienes en cualquier momento, sin que se disuelva el

matrimonio, cumpliendo con los requisitos que la ley establece para esto (artículo 1723 CCch).

Al disolverse la sociedad conyugal se forma entre los cónyuges un estado de indivisión, por el que ambos son copropietarios por iguales partes. Esta comunidad puede dividirse en cualquier tiempo mediante la liquidación de haberes y posterior adjudicación de bienes a cada uno de los comuneros hasta completar el valor teórico de su cuota, conforme las leyes generales que rigen la materia.

La adjudicación de bienes en la división de la comunidad resultante al disolverse la sociedad conyugal no es un acto prohibido por la ley indígena. Si el adjudicatario no es persona de etnia indígena, los bienes adquiridos por adjudicación no pueden continuar siendo tierra indígena. Esto sería extender una restricción a la libre circulación de la propiedad a personas que no son de etnia indígena, las cuales no están protegidas por la ley especial. La tierra indígena tiene por titulares solo a personas o comunidades indígenas (artículo 12).

Conclusiones

36. La ley N° 19.253, de 1993, es un estatuto personal especial para el fomento, protección y desarrollo de indígenas. La tierra indígena solo favorece a comunidades y personas de etnia indígena. La afectación de tierra indígena se produce por la posesión de personas o comunidades por título que la ley considera legítimo. Por excepción, a solicitud voluntaria de personas o comunidades que poseen por otros títulos que no atribuyen automáticamente la calidad de tierra indígena (títulos de las leyes de reforma agraria, ocupación histórica y actual posesión) puede producirse la afectación por ingreso de estos títulos al REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS.

37. El REGISTRO DE TIERRAS INDÍGENAS es un registro catastral. Sirve para acreditar la calidad indígena de la tierra, aunque esta calidad puede probarse también por los títulos que atribuyen dicha calidad por el solo ministerio de la ley. La afectación no es atribución de la CONADI. La desafectación tampoco es atribución de la CONADI. La desafectación se produce porque sale la tierra de la titularidad indígena por algún título lícito (por ejemplo, permuta autorizada por la CONADI, adjudicación a persona no indígena en la liquidación de una sociedad conyugal).

38. El matrimonio con persona indígena no comunica la calidad indígena al marido o mujer no indígena. El cónyuge no indígena podría beneficiarse de la calidad indígena si se autoidentifica como tal. La autoidentificación no se presume por matrimonio ni por ningún otro hecho. Debe probarse por expresión libre del sujeto.

39. La adjudicación de tierra indígena a persona no indígena que la tenía proindiviso por sociedad conyugal con persona indígena es un título declarativo de propiedad. No produce enajenación. Se trata de un título lícito; es decir, no prohibido por la ley.

40. La subdivisión y posterior venta entre personas no indígenas, plenamente capaces y libre administradoras de lo suyo no está prohibida por la ley N° 19.253, de 1993, ni se observa algún otro vicio que pueda invalidar este acto.

Bibliografía citada

ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio (2005), *Tratado de los derechos reales*, Sexta edición, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile

PEÑAILILLO A., Daniel (2019), *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Segunda edición, Santiago, Chile: Thomson Reuters

CORRAL T., Hernán (2018), *Curso de Derecho Civil. Parte general*, Santiago, Chile: Thomson Reuters

SOMARRIVA, Manuel (2006), *Indivisión y partición*, Quinta edición, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile

Santiago, Chile. 05 de agosto de 2019