

OFICIO N° 300 /

ANT: Ord. N° 532-2015 de fecha 26 de febrero de 2015.

MAT: Remite Informe Jurídico realizado en el marco de la Ley N° 19.253, relativo a la causa rol V-27-2014, caratulada "Caniullan Calfante Abel", sobre solicitud de inscripción judicial.

TEMUCO, **31 MAR. 2015**

A : MAURICIO REUSE STAUB.
JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE LETRAS DE LONCOCHE.

DE: ERNESTO PAILLÁN HERNÁNDEZ.
SUBDIRECTOR NACIONAL TEMUCO CONADI.

Mediante el presente Oficio procedo a remitir, junto a las compulsas de la causa de la materia, Informe Jurídico realizado en el marco de la Ley N° 19.253, relativos a la causa rol V-27-2014, caratulada "Caniullan Calfante Abel", sobre solicitud de inscripción judicial. En efecto, se remite el Informe Jurídico N° 93 de fecha 26 de marzo de 2015, suscrito por el abogado don **FRANCISCO JAVIER PINTO LÓPEZ**, funcionario público de la Subdirección Nacional de Temuco de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Cabe señalar que el Informe referido anteriormente se encuentra además suscrito por el Subdirector Nacional de Temuco de este servicio público, para los efectos de lo dispuesto en los artículos 38 y 45 de la Ley N° 19.253.

Sin otro particular, le saluda atentamente


ERNESTO PAILLÁN HERNÁNDEZ
SUBDIRECTOR NACIONAL TEMUCO
CONADI


EPH/ACA/FJPL

Distribución:

- La indicada.
- Archivo Unidad Jurídica.
- Archivo Oficina de Partes.

INFORME JURÍDICO REALIZADO EN EL MARCO DE LA LEY N° 19.253, RELATIVO A LA CAUSA ROL V-27-2014 DEL JUZGADO DE LETRAS DE LONCOCHE, CARATULADA "CANIULLAN CALFANTE ABEL", SOBRE SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN JUDICIAL.

TEMUCO, 26 MAR. 2015

N° _____

093

El funcionario público que suscribe, en calidad de abogado de la Subdirección Nacional de Temuco de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, procede a evacuar informe jurídico en el marco de la Ley N° 19.253, relativo a la causa rol V-27-2014 del Juzgado de Letras de Loncoche, caratulada "Caniullan Calfante Abel", sobre solicitud de inscripción judicial.

En efecto, se procede a informar al Tribunal lo siguiente:

1°.- Que de fojas 13 a 17 de autos rola escrito presentado al Tribunal con fecha 29 de agosto de 2014, suscrito por don **ABEL CANIULLAN CALFANTE**, el cual en lo principal se refiere a solicitud de inscripción judicial, previo informe de Conservador de Bienes Raíces de Loncoche, en el primer otrosí se acompañan documentos y en el segundo otrosí se solicita tener presente patrocinio y poder.

- El solicitante expone que consta de escritura pública sobre liquidación de comunidad, partición y adjudicaciones de fecha 24 de junio de 2014, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica, Repertorio 1633-2014, que don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** y don **PAUL ROBERT KAPPEL**, quien compareció en nombre y representación de don **SAI REM NEESH**, procedieron a liquidar una comunidad existente entre don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** y don **SAI REM NEESH** que recae sobre un inmueble agrícola o rústico, ubicado en el sector Alihuen, de la comuna de Loncoche, de una superficie aproximada de 11,60 hectáreas que deslinda: **NORTE**: Octava Faja; **ESTE**: Fernando Calfante Antillanca, separado por cerco; **SUR**: Río Huiscape; y **OESTE**: Rosamel Antillanca Quipaihuanque, separado por cerco.

- El solicitante expone que adquirió originalmente el dominio sobre la totalidad del mencionado inmueble por Resolución Administrativa N° 3.159 de fecha 2 de marzo de 1983 de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, IX Región, atendido lo dispuesto en el Decreto Ley N° 2.695 del año 1979 y que el dominio se inscribió a fojas 148 vuelta, N° 263 del Registro de Propiedad del año 1983 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche.

- El solicitante expone que por escritura pública de fecha 14 de septiembre de 1990, otorgada ante doña Teresa Elizabeth Contreras Rey, Notario Público de Loncoche, Suplente del Titular don Walton Hugo Pinto Tocigl, don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** vendió, cedió y transfirió a doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** (casada en sociedad conyugal con don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ**) quién compró, aceptó y adquirió para sí, sin subdivisión previa, una parte o retazo del mencionado inmueble, correspondiente a una superficie de diez hectáreas físicas que poseen los siguientes deslindes: **NORTE**: Octava Faja; **ESTE**: Fernando Calfante Antillanca, separado por cerco; **SUR**: Río Huiscape; y **OESTE**: Rosamel Antillanca Quipaihuanque, separado por cerco. El solicitante

expone que el dominio fue inscrito a fojas 234, N° 265 del Registro de Propiedad del año 1991 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche.

- El solicitante expone que por escritura pública de fecha 18 de marzo de 2009, otorgada ante don Jorge Elías Tadres, Notario Público de Temuco, doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** y don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ** se separaron de bienes, liquidaron la sociedad conyugal y realizaron adjudicaciones, indicando que este último se adjudicó en dominio pleno el retazo de 10 hectáreas referido anteriormente y que la adjudicación fue inscrita a fojas 153 vuelta, N° 197 del Registro de Propiedad del año 2009 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche.

- El solicitante expone que por escritura pública de fecha 31 de agosto de 2010, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica, don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ** transfirió el retazo de diez hectáreas antes señalado a don **SAI REM NEESH**. El solicitante señala que dicha compraventa fue inscrita a fojas 1245, N° 735 del Registro de Propiedad del año 2010 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche.

- El solicitante expone que dada las circunstancias de que tanto en la primera de las descritas ventas y sus posteriores transferencias no se ha efectuado subdivisión predial alguna conforme lo dispone el Decreto Ley N° 3.516 del año 1980 del Ministerio de Agricultura, dichos contratos y transferencias han dado origen a una comunidad en el dominio, en donde tanto don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** y don **SAI REM NEESH**, a pesar de estar en posesión física y material de sus respectivas superficies (1,6 y 10 hectáreas respectivamente) son legalmente comuneros en el dominio al compartir, según sus títulos, tanto los mismos deslindes comunes como el rol de contribuciones de haberes para todo un predio de 11,60 hectáreas.

- El solicitante expone que con el ánimo expreso de proceder al término y liquidación de la referida comunidad y de conformidad al Decreto Ley N° 3.516 del año 1980, ya referido, ambas partes, de común acuerdo, procedieron a autorizar la subdivisión del mencionado predio de 11,60 hectáreas en 2 Lotes o Parcelas, según constaría en Certificado N° 248 otorgado por el Servicio Agrícola y Ganadero con fecha 5 de junio de 2014, el cual junto con el correspondiente plano de subdivisión y memoria explicativa fueron considerados como parte integrante de la escritura pública sobre liquidación de comunidad, partición y adjudicaciones de fecha 24 de junio de 2014, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica, Repertorio 1633-2014. El solicitante expone que los Lotes resultantes tienen y poseen las siguientes denominaciones, cabidas y deslindes individuales: **LOTE UNO**, de una superficie de 1,6 hectáreas y deslinda: **NORTE**: en 88 metros con camino público Octava Faja; **ESTE**: en 181,82 metros con Fernando Calfante Antillanca; **SUR**: en 88 metros con Lote Dos, de la presente subdivisión; y **OESTE**: en 181,82 metros con Lote Dos, de la presente subdivisión. **LOTE DOS**, de una superficie de 10 hectáreas y deslinda: **NORTE**: en dos parcialidades de 100 metros con camino público Octava Faja y 88 metros con Lote Uno, de la presente subdivisión; **ESTE**: en 424 metros con Fernando Calfante Antillanca; **SUR**: en 220 metros con Río Huiscaipi; y **OESTE**: en 680 metros con Rosamel Antillanca. El solicitante expone que a fin de establecer un valor de tasación de los mencionados lotes, para fines particionales se indicó en dicha escritura que correspondía la suma de \$ 6.895.000 al Lote

Uno de 1,6 hectáreas y la suma de \$ 43.105.000 al Lote Dos de 10 hectáreas.

- El solicitante expone que se procedió a obtener ante el Servicio de Impuestos Internos el correspondiente certificado de pre roles y que se autorizaron los siguientes roles para cada Lote o Parcela: Para el Lote Uno el rol 427-67 y para el Lote Dos el rol matriz 427-25.

- El solicitante expone que para los efectos particionales el acervo común líquido partible ascendía a la suma de \$ 50.000.000. Luego agrega que a don **ABEL CANIULLAN CALFANTE**, por sus derechos equivalentes al 13,79 por ciento del total del activo de la mencionada comunidad, se le adjudicó en propiedad individual el Lote Uno, de una superficie de 1,6 hectáreas, ya individualizado, por un valor de \$ 6.895.000 y a don **SAI REM NEESH**, por sus derechos equivalentes al 86,21 por ciento del total del activo de la mencionada comunidad, se le adjudicó en propiedad el Lote Dos, de una superficie de 10 hectáreas, ya individualizado, por un valor de \$ 43.105.000.

- El solicitante expone que presentada dicha escritura para las debidas inscripciones Conservatorias esta fue rechazada por la señora Conservador de Bienes Raíces de Loncoche con fecha 6 de agosto de 2014, en conformidad al artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces y al artículo 12 N° 1 letra d) de la Ley N° 19.253 por considerar que el inmueble tiene la calidad de indígena.

- El solicitante expone, en cuanto al derecho, lo siguiente:

"1.- Si bien es efectivo, que el artículo 12 Número 1º letra d) de la Ley 19.253, se refiere, dentro de los requisitos copulativos, que deben ser consideradas "tierras indígenas", aquellas que provienen de otras formas del Estado para ceder, entregar, regularizar o asignar tierras a indígenas tales como la ley 16.436 del año 1966, el Decreto Ley N° 1.939 del año 1977, y el Decreto Ley 2..695 del año 1979, dicha disposición, ESTO ES LA Ley 19.253, que es posterior a la Regularización señalada como título originario de inmueble de marras, no tiene aplicación al caso planteado, ya que de la propia historia de la propiedad raíz, se observa claramente que la Regularización anterior, obtenida por mí parte, mediante Resolución Administrativa N° 3159 del año 1983, fue precisamente en atención a una posesión material, exclusiva y continua, siendo el Rol del Estado, meramente administrativo, constituyendo de esta forma un título inscrito absolutamente originario, cuyo marco legal aplicable, es el del Derecho Común, y no la ley 19.253, independiente de mi condición de indígena.-

2.- Si bien es atendible la debida tutela que ejercen los Conservadores de Bienes Raíces, en el sentido de precaver validar ciertas transgresiones a la Ley, en el ámbito de sus deberes, el reparo antes señalado, debió haberse planteado al presentarse para inscripción, la compraventa otorgada por escritura pública en Villarrica, el 31 de Agosto del año 2010, ante el Notario Público don Francisco Javier Muñoz Flores, en donde don Francisco Javier Méndez Sánchez, transfirió el inmueble, de una superficie de diez hectáreas, ya señalado, a don Sai Rem Neesh, inscribiéndose así a fojas 1245 N° 735 del Registro de Propiedad del año 2010, que lleva el Conservador de Bienes Raíces de Loncoche".

- El solicitante hizo referencia al artículo 22 inciso 1º de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, a los artículos 576, 583 y 1545 del Código Civil, a los artículos 12, 13 y 18 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, al artículo 817 del Código Civil y a las demás disposiciones legales invocadas por aquél.

- El solicitante, en definitiva, solicitó al Tribunal que se sirva tener por presentada la solicitud y que se de lugar a ella ordenando al Conservador de Bienes Raíces de Loncoche que proceda a realizar la inscripción en el Registro de Propiedad de las adjudicaciones ya referidas, esto es a don **ABEL CANIULLAN CALFANTE**, por sus derechos equivalentes al 13,79 por ciento del total del activo de la mencionada comunidad, se le adjudicó en propiedad individual el Lote Uno, de una superficie de 1,6 hectáreas, ya individualizado, por un valor de \$ 6.895.000 y a don **SAI REM NEESH**, por sus derechos equivalentes al 86,21 por ciento del total del activo de la mencionada comunidad, se le adjudicó en propiedad el Lote Dos, de una superficie de 10 hectáreas, ya individualizado, por un valor de \$ 43.105.000. Ello previo informe del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche.

2º.- Que se han acompañado a la solicitud los siguientes documentos: 1. Copia de escritura pública de liquidación de comunidad, partición y adjudicaciones de fecha 24 de junio de 2014, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica, anotada en el Repertorio de Instrumentos Públicos de dicha Notaría bajo el N° 1633-2014 (junto con Certificación de fecha 6 de agosto de 2014 emitido por doña Luz María Francisca Vergara Williams, Notario, Conservador y Archivero Judicial de Loncoche, relativa al rechazo de la inscripción de la referida escritura pública); 2. Copia de la inscripción de fojas 148 vuelta, N° 263 del Registro de Propiedad del año 1983 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche; 3. Copia de la Resolución Definitiva N° 3159 de fecha 2 de marzo de 1983 del Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de la Araucanía; 4. Copia de la inscripción de fojas 1245, N° 735 del Registro de Propiedad del año 2010 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche; 5. Carta N° 105 de fecha 7 de mayo de 2014, suscrita por don Julio Caniumán Cheuquelao, Encargado del Registro Público de Tierras Indígenas, Zona Centro Sur, de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; 6. Plano de subdivisión del inmueble de autos que contiene certificación de fecha 5 de junio de 2014, emitida por don Marco Zambrano González, Jefe de la Oficina del Servicio Agrícola y Ganadero de Villarrica.

3º.- Que a fojas 18 de autos rola resolución del Tribunal de fecha 1 de septiembre de 2014 mediante la cual se proveyó el escrito de solicitud en la forma indicada en dicha resolución.

4º.- Que a fojas 19 de autos rola escrito presentado al Tribunal con fecha 24 de noviembre de 2014, suscrito por doña **LUZ MARÍA FRANCISCA VERGARA WILLIAMS**, Notario, Conservador de Bienes Raíces y Archivero Judicial de Loncoche, mediante el cual ésta informó al Tribunal en relación a la solicitud de autos, remitiéndose a lo señalado en el certificado emitido en su oportunidad, rolante a fojas 6 de autos, agregando además lo siguiente:

"1. El predio el cual se solicita inscribir la adjudicación proviene de un inmueble adquirido conforme al D.L. 2.695 de 1979;

2. Que el hecho de haber adjudicado, en la liquidación de la sociedad conyugal el inmueble al cónyuge no mapuche, no desafecta la calidad de tal a la tierra, toda vez que independiente la calidad del propietario lo que regula nuestro ordenamiento jurídico en esta materia es la calidad de la tierra independiente del titular; y

3. Conforme a lo señalado dicho inmueble tiene la calidad de tierra indígena por lo que el contrato primitivo de venta que celebraron los actuales liquidadores de la comunidad está viciado, por la calidad que tiene el inmueble".

Cabe agregar que la Notario, Conservador de Bienes Raíces y Archivero Judicial de Loncoche junto con solicitar al Tribunal, en lo principal, tener por evacuado el informe solicitado, en un otrosí solicitó, salvo mejor parecer de US, un Informe a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, a fin de aclarar si el inmueble objeto de la negativa de autos posee o no la calidad de indígena.

5º.- Que mediante el Ord. Nº 532-2015 de fecha 26 de febrero de 2015, suscrito por don **MAURICIO REUSE STAUB**, Juez Titular del Juzgado de Letras de Loncoche y por doña **EVELIN IRRIBARRA OROZCO**, Secretaria Titular del referido Tribunal, ingresado a la Oficina de Partes de la Subdirección Nacional de Temuco de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena con fecha 3 de marzo de 2015, al cual se le asignó la Providencia Interna Nº 1085, se solicitó al Subdirector Nacional de Temuco de este servicio público informar al Tribunal si el inmueble objeto de autos tiene o no calidad de tierra indígena en conformidad a la Ley Nº 19.253.

6º.- Que desde el punto de vista jurídico se puede informar lo siguiente:

6.1.- Que por Resolución Nº 3.159 de fecha 2 de marzo de 1983 de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Novena Región de la Araucanía y en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ley 2.695 del año 1979 del Ministerio de Agricultura, se inscribió a nombre de don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** el inmueble a fojas 148 vuelta, Nº 263 del Registro de Propiedad del año 1983 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche el inmueble ubicado en Alihuen, de la comuna de Loncoche, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía, de una superficie aproximada de once hectáreas sesenta áreas que deslinda: **NORTE:** Octava Faja; **ESTE:** Fernando Calfante Antillanca. Separado por cerco; **SUR:** Río Huiscaji; **OESTE:** Rosamel Antillanca Quipaihuanque separado por cerco.

6.2.- Que a la época de entrada en vigencia de la Ley Nº 19.253, esto es al día 5 de octubre de 1993, el referido inmueble debía considerarse como tierra indígena en conformidad al artículo 12 Nº 1 letra d) de dicho cuerpo normativo, por cuanto se encontraba en propiedad de una persona indígena y proviene de uno de los títulos que se mencionan en tal disposición legal, ya que dicho inmueble proviene de una de las formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, específicamente de la aplicación del Decreto Ley Nº 2.695 del año 1979 del Ministerio de Agricultura. En efecto, el artículo 12 Nº 1 de la Ley Nº 19.253, en aquella época, así como en la actualidad prescribe:

"Son tierras indígenas:

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

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

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

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

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

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

6.3.- Que no es obstáculo para sostener que el inmueble de autos es tierra indígena el hecho de que el procedimiento de regularización llevado a cabo a favor de don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** en relación a dicho bien raíz, en conformidad al Decreto Ley N° 2.695 del año 1979 del Ministerio de Agricultura, se haya realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.253, por cuanto en nuestra doctrina y jurisprudencia se ha reconocido el efecto constitutivo de la ley indígena en relación a la calidad de tierra indígena de determinados inmuebles. Así se ha señalado:

"Efecto constitutivo de la ley 19.253 sobre la calidad de tierra indígena. A partir de esta ley (artículo 12 letra d), se consideran indígenas las tierras que personas o comunidades indígenas ocupen en virtud de un título de propiedad o posesión obtenido a través del procedimiento establecido en el DL 2.695. Como la legislación no otorgaba dicha calidad a las tierras obtenidas a través de este procedimiento, se ha resuelto que gozan de dicha calidad sólo a partir de la publicación de la ley 19.253 (5 de Octubre de 1993).

Así lo estableció la Corte Suprema en un caso (Cañicul con Fernández, SCS de 10-10-2008, Rol N° 4.897-2007) en el que un indígena había obtenido título de dominio sobre su tierra de conformidad al procedimiento establecido en el DL 2.695 y posteriormente prometió vender un retazo de la misma a un no indígena, todo ello antes de la entrada en vigencia de la ley 19.253. El contrato de compraventa definitivo no se suscribió, por lo que, ya una vez vigente la ley 19.253, el comprador regularizó su propiedad sobre los terrenos de conformidad al mismo procedimiento anterior. Como el artículo 13 de la ley 19.253 prohíbe adquirir por

prescripción tierras indígenas, salvo entre indígenas de la misma etnia, el indígena demandó la nulidad de la inscripción de dominio obtenida por el no indígena.

La Corte hizo suyos los razonamientos de los jueces de fondo en virtud de los cuales rechazaron la demanda, concluyendo que la tierra sólo adquirió la calidad de indígena a partir de la publicación de la ley 19.253, en virtud de lo dispuesto en la letra d) de su artículo 12 N° 1, y que "a la fecha en que el actor se acogió a las normas del citado Decreto ley, el terreno que regularizó no revestía el carácter de indígena". Es decir, los jueces atribuyeron a la ley 19.253 una suerte de efecto constitutivo de la calidad indígena de la tierra, y no meramente declarativo, por lo que un inmueble al que se le reconoció expresamente dicha calidad a partir del 5 de Octubre de 1993, no será considerado como tal con anterioridad a esa fecha".¹

6.4.- Que también se ha dicho lo siguiente:

"Efectos de los actos propios sobre la acreditación de la calidad de tierra indígena. Se ha resuelto también que, si un indígena regularizó la propiedad de un terreno de conformidad al procedimiento establecido en el DL 2.695, antes de la entrada en vigencia de la ley, ello demuestra que aquél no era indígena en ese entonces.

En efecto, en el mismo caso anterior (Cañicul con Fernández), el demandado alegó que el propio actor había adquirido el predio por la vía del DL 2.695, por lo que no podía éste alegar ahora que la tierra es indígena y que no puede adquirirse por esa vía. Es decir, esgrimió un argumento perteneciente a la Teoría de los Actos Propios, el cual inhabilitaría al actor para alegar una condición jurídica que no alegó antes.

La Corte Suprema hizo suyos los argumentos esgrimidos por los jueces de fondo y estableció que, como el inciso primero del artículo 8 del DL 2.695 prohibía aplicar la normativa de ese decreto ley a las tierras indígenas regidas por la ley 17.729, "De lo anterior se sigue que si el actor logró regularizar la posesión el predio denominado Lote "a" de acuerdo a las reglas previstas en el Decreto Ley 2.695 es porque, necesariamente, el terreno no era tierra indígena, pues, de haberlo sido, no habría podido inscribir el inmueble a su nombre, por impedírsele la norma antes transcrita" (SCS de 10-10-2008, Rol No 4.897-2007).

Es decir, los jueces no acogieron plenamente el argumento del demandado en cuanto a que la conducta pretérita del actor le inhibiría si quiera alegar la calidad indígena de su tierra, pero sí estimaron que aquélla constituía una suerte de reconocimiento tácito de que su tierra no gozaba entonces de dicha calidad".²

¹ CASTRO LUCIC, Milka; VERGARA MONTOYA, Juan (Editores). *Jurisprudencia indígena. Cosmovisión y legislación*. Santiago: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (en el marco del Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Justicia y el Programa Orígenes), 2009, pp. 91 y 92.

² Ídem, pp. 92-93.

6.5.- Que, asimismo, se ha señalado:

"Momento a partir del cual la tierra indígena está afecta al Estatuto de protección que establece la ley 19.253. Relacionado con lo anterior, se ha resuelto que, como las tierras que indígenas ocupen en propiedad o posesión en virtud de un título obtenido a través del procedimiento establecido en el DL 2.695 sólo adquieren dicha calidad a partir de la publicación de la ley 19.253, sus disposiciones no pueden afectar la posesión que terceros iniciaron sobre las mismas con anterioridad a su vigencia.

En el mismo caso antes citado (Cañicul con Fernández, SCS de 15-10-2008, Rol N° 4.897-2007), la Corte Suprema estableció que:

"No obstante lo anterior, si se tiene en consideración que el título de la posesión del demandado que le permitió adquirir el dominio por prescripción, como se indicó más arriba, fue la promesa de compraventa –de fecha anterior a la publicación de la ley 19.325 (sic)- no cabe sino concluir que los magistrados han decidido correctamente que las disposiciones de esta ley no resultan aplicables a los terrenos regularizados" (considerando 7o párrafo segundo).

"En efecto, en tanto la fecha del título que justifica la posesión de un bien es anterior a la de la ley que impide adquirirlo por prescripción, debe estimarse que esa ley no puede afectar a quien estaba en vías de hacerse dueño por este medio, pues ello importa atribuirle efectos retroactivos, cuestión que prohíbe el inciso 1° del artículo 9° del Código Civil" (considerando 7o párrafo tercero).

De esta forma, la Corte Suprema confirma el carácter constitutivo que la ley 19.253 tiene sobre la calidad indígena de la tierra, en orden a permitir la supervivencia y consolidación de actos y posiciones jurídicas que se realizaron u obtuvieron sobre tierras que sólo adquirieron la calidad de indígenas a partir de la publicación de aquélla".³

6.6.- Que, por otra parte, según el solicitante, mediante escritura pública de fecha 14 de septiembre de 1990, otorgada ante doña Teresa Elizabeth Contreras Rey, Notario Público de Loncoche, Suplente del Titular don Walton Hugo Pinto Tocigl, don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** vendió, cedió y transfirió a doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** quien compró, aceptó y adquirió para sí, sin subdivisión previa, una parte o retazo del inmueble mencionado en el punto 6.1 del presente Informe, parte que según el solicitante tiene una superficie de diez hectáreas físicas y poseen los siguientes deslindes: **NORTE:** Octava Faja; **ESTE:** Fernando Calfante Antillanca, separado por cerco; **SUR:** Río Huiscaji; y **OESTE:** Rosamel Antillanca Quipaihuanque, separado por cerco. El título de dominio respectivo se habría inscrito a fojas 234, N° 265 del Registro de Propiedad del año 1991 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche. (En los autos rola copia de la inscripción de fojas 148 vuelta, N° 263 del año 1983 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche, la cual amparaba el dominio de don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** en relación al inmueble ubicado en

³ Ídem, pp. 93-94.

Alihuen, de la comuna de Loncoche, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía, de una superficie aproximada de once hectáreas sesenta áreas, el cual adquirió en virtud de procedimiento de regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz en el año 1983. En dicha inscripción conservatoria del año 1983 existe una anotación marginal del siguiente tenor: "Transfirió 10 Hás a doña Zulema Caniullan Calfante según inscripción N° 265 de hoy.- Loncoche, 16 de Octubre de 1991").

6.7.- Que de ser efectivo lo señalado por el solicitante y descrito en el punto anterior, se puede establecer que producto de la escritura pública ya referida y de la inscripción de fojas 234, N° 265 del Registro de Propiedad del año 1991 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche, don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** y doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** pasaron a ser copropietarios del inmueble ubicado en Alihuen, de la comuna de Loncoche, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía, de una superficie aproximada de once hectáreas sesenta áreas que deslinda: **NORTE:** Octava Faja; **ESTE:** Fernando Calfante Antillanca. Separado por cerco; **SUR:** Río Huis capi; **OESTE:** Rosamel Antillanca Quipaihuanque separado por cerco. Lo anterior por cuanto don **ABEL CANIULLAN CALFANTE**, quien era el propietario exclusivo de dicho inmueble, mediante contrato de compraventa vendió, cedió y transfirió a doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE**, quien compró, aceptó y adquirió para sí, sin subdivisión previa, una parte o retazo del inmueble mencionado en el punto 6.1 del presente Informe, parte correspondiente a una superficie de diez hectáreas físicas, por lo cual puede estimarse que tales personas pasaron a ser copropietarios de dicho inmueble en las siguientes proporciones: doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** en una proporción equivalente a diez hectáreas y don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** en una proporción equivalente a uno coma sesenta hectáreas. Cabe señalar que como el inmueble de once coma sesenta hectáreas a la fecha de suscripción del referido contrato de compraventa no había sido subdividido legalmente, no resultó correcto establecer en el contrato de compraventa respectivo los deslindes del retazo a transferir, por cuanto de todas formas, al no encontrarse subdividido el inmueble de once coma sesenta hectáreas, con posterioridad a la celebración de dicho acto jurídico y a la materialización de la inscripción conservatoria de rigor, ambos contratantes pasaron a ser copropietarios del inmueble de once coma sesenta hectárea en las proporciones ya indicadas.

6.8.- Que posteriormente, de acuerdo a lo que se desprende de los antecedentes acompañados a los autos, mediante escritura pública de fecha 18 de marzo de 2009, otorgada ante don Jorge Elías Tadres, Notario Público de Temuco, doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** y don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ** se separaron de bienes, liquidaron la sociedad conyugal y realizaron adjudicaciones, adjudicándose a don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ** en dominio pleno un retazo de diez hectáreas que formaba parte del inmueble de once coma sesenta hectáreas ya individualizado. Dicha adjudicación se habría inscrito a fojas 153 vuelta, N° 197 del Registro de Propiedad del año 2009 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche.

6.9.- Que en relación a lo anterior podemos señalar que si no puede comprobarse documentalmente que don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ**, al momento de llevarse a cabo dicha adjudicación se auto identificaba como persona indígena en los términos establecidos en el artículo 2 letra c) de la Ley N° 19.253, debe concluirse que la referida

adjudicación en el contexto de la liquidación de la sociedad conyugal habida entre don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ** y doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito por vulneración al artículo 12 inciso penúltimo de la Ley N° 19.253, ya que de acuerdo a dicha disposición legal la propiedad de las tierras indígenas a que se refiere tal artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por dicha ley y de acuerdo al artículo 2 letra c) del cuerpo normativo en comento se considera persona indígena, entre otros casos, la persona de nacionalidad chilena cuyo cónyuge sea indígena y siempre que la persona casada con la persona indígena se auto identifique como indígena. En relación a la adjudicación realizada al cónyuge no indígena en el contexto de la liquidación de la sociedad conyugal habida entre este y una persona indígena cabe señalar lo siguiente:

6.9.1.- Que estimamos que cuando se liquida la sociedad conyugal habida entre una persona indígena y un no indígena y se adjudica el bien indígena al cónyuge no indígena, es erróneo sostener que el inmueble ha dejado de ser indígena por haber pasado a ser de propiedad de una persona no indígena, puesto que lo que en realidad ocurre es que se ha realizado un acto que en una de sus partes adolece de nulidad absoluta en base a las reglas generales de nulidad establecidas en el Código Civil. En efecto, la adjudicación del inmueble indígena a una persona no indígena que se realiza en la escritura pública respectiva sería un acto nulo absolutamente, por cuanto tal acto de adjudicación contraviene lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley N° 19.253 que prescribe: ***“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”***. Por lo tanto, no puede realizarse un acto jurídico que contravenga tal principio, salvo que opere una institución legal o algún acto de excepción establecido por el legislador.

6.9.2.- Que como se ha dicho, el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley N° 19.253 dispone claramente que la propiedad de las tierras indígenas a que se refiere dicho artículo tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por dicha ley; en otras palabras, establece de manera imperativa y categórica quiénes, para todos los efectos legales, serán los titulares de dichos inmuebles. Por lo tanto, el haber celebrado un acto jurídico en virtud del cual, en una de sus partes, se adjudicó un inmueble indígena de aquellos a que se refiere el artículo 12 de la Ley N° 19.253 a una persona no indígena, acarrea la nulidad de dicho acto de adjudicación por vulnerar abiertamente el mandato establecido en el citado artículo 12.

6.9.3.- Que el legislador en dicho artículo estableció respecto de la propiedad de las tierras indígenas el término “tendrá” en relación a la determinación de los titulares de estas, con el propósito de limitar la adquisición del dominio por parte de particulares respecto de determinados inmuebles (las tierras indígenas referidas en el citado artículo 12) y, consecuentemente, limitar los actos jurídicos que los particulares pueden llevar a cabo respecto a las tierras indígenas, lo cual se complementa con lo establecido a continuación por el artículo 13 de la citada Ley. Cabe a este respecto tener presente lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 19 del Código Civil, el cual prescribe que *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”* y el

artículo 20 que señala que *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”*. Además, debe tenerse presente que en virtud del artículo 13 de la Ley N° 19.253, las tierras indígenas a que se refiere el citado artículo 12 (tierras indígenas), por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de dicho Cuerpo Legal y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, indicando que los actos y contratos celebrados en contravención a dicho artículo 13 adolecerán de nulidad absoluta. En todo caso la adjudicación de parte de un inmueble indígena realizada a don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ**, en el contexto de la liquidación de la sociedad conyugal habida entre este y doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE** adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito por contravenir lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 19.253.

6.9.4.- Que el artículo 1681 del Código Civil prescribe: *“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”*. Acto o contrato nulo es, por consiguiente, el que se halla en el estado de ineficacia o invalidez para producir los efectos que la ley reconoce o atribuye a los de su clase. Los requisitos que la ley prescribe para el valor de un acto o contrato no son los necesarios para que el acto exista según su especie, sino condiciones que deben concurrir en el acto o contrato para darle el valor que como tal debe tener. El artículo 1445 del Código Civil exige capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto ilícito y causa lícita, aparte de las solemnidades en los actos solemnes.

6.9.5.- Que *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”*. Toda declaración de voluntad debe tener un objeto; y para que el acto o contrato que de ella nace sea válido, se requiere que el objeto sea lícito. En los contratos, de acuerdo al artículo 1461 del Código Civil, si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. El moralmente imposible es el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público. La imposibilidad moral mira en realidad a la licitud.

6.9.6.- Que el tratadista Luis Claro Solar en su célebre obra Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, señaló lo siguiente:

“Para la validez de la declaración de voluntad no basta que el objeto sea posible, cierto y comerciable; se requiere además que sea lícito. Objeto lícito es el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara.

Sabemos que las leyes constituyen limitaciones de la libertad

individual, necesarias a la vida del hombre en sociedad; y según la importancia de la materia sobre la cual recaen, los preceptos legales toman diversas formas que dan a los mandatos del legislador efectos diversos y mayor o menor energía.

Las leyes son: imperativas, que también se llaman preceptivas, que imponen la ejecución de un precepto como necesario al mantenimiento de ciertas instituciones y del orden social; prohibitivas, que prohíben la ejecución de un hecho o de un acto jurídico, como contrario a la estabilidad social; y permisivas, a que se da también el nombre de declarativas, que simplemente reconocen los derechos de los individuos. Las leyes imperativas y las prohibitivas se dirigen a la voluntad del hombre principalmente constituyen para él mandatos autorizados de que no puede ni debe desentenderse, porque el legislador exige su observancia como una necesidad del mantenimiento del orden social y del respeto de los derechos de los ciudadanos; las leyes permisivas, como simplemente declarativas que son, no se dirigen directamente a la voluntad del hombre, sino más bien a su inteligencia para indicarle las condiciones necesarias a una figura jurídica para su validez y su correcto funcionamiento, teniendo en cuenta los derechos e intereses privados en juego. Por lo mismo la observancia de estas leyes no es rigurosamente exigida y los derechos que de ellas se derivan pueden ser renunciados, sino se ha prohibido por el legislador especialmente la renuncia.

Sucede todo lo contrario con las leyes imperativas y especialmente con las leyes prohibitivas, que establecen normas que el hombre no debe olvidar para no incurrir en nulidad y en pena, si la violación de una de estas leyes se descubre. Las leyes imperativas acentúan la voluntad del legislador que quiere que las cosas se hagan como él lo entiende en beneficio de la generalidad y para asegurar el orden social y público. Las leyes prohibitivas revelan el propósito del legislador de asegurar el funcionamiento de todos los intereses legítimos y de velar por el mantenimiento de las buenas costumbres y de la justicia y equidad en los tratos de los particulares.

Estas dos clases de leyes deben ser cuidadosamente observadas, y como el legislador no puede prestar su protección a quien desconoce y viola sus preceptos imperativos de orden público o prohibitivos, la sanción de su violación es la nulidad del acto ejecutado en contravención a dichas leyes; salvo que en la ley misma designe otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención.

Los arts. 10, 11 y 12 de nuestro Código se han hecho cargo de estas distintas clases de leyes para dictar una regla general que abrace en pocos rasgos característicos todos los actos jurídicos ilícitos, regla que se devuelve en el concepto tripartito, que es ilícito el acto jurídico o declaración de voluntad contrario a las leyes prohibitivas, a las que se refieren al orden público y a las que miran a las buenas costumbres".⁴

⁴ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo Undécimo, De las obligaciones II (Volumen V). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Edición facsimilar de 2.000 ejemplares del año 1979, pp. 264-265.

Luego dicho autor agrega: **"El art. 1461 se refiere a esta regla tripartita al expresar que es objeto moralmente imposible <el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público>".⁵**

6.9.7.- Que refiriéndose al legislador, Luis Claro Solar expresó:

"Con la forma imperativa se ordena la ejecución de un hecho que los particulares no pueden abstenerse de hacer, si quieren realizar la institución jurídica para la cual ha sido citado; la no ejecución de lo ordenado por la ley o la ejecución de lo ordenado en otra forma que la establecida en el precepto imperativo de la ley, no puede tener valor y nada se habrá hecho con efecto jurídico desde que no se hace lo que la ley ordena y en la manera en que ordena que sea ejecutado.

Con la forma prohibitiva el legislador veta el acto, impide que se realice con la fuerza jurídica eficiente; y el desobedecimiento a la ley o sea su violación tiene como sanción la nulidad absoluta del acto ejecutado en contravención. Con la forma imperativa el legislador exige que un acto se ejecute en una forma especial; y exige su realización, porque no estima conveniente dejar a los particulares en libertad de ejecutar o no el acto o de ejecutarlo en otra forma que la que él ha considerado necesaria o conveniente para consultar el interés general.

Es evidente que no sería lícito que los convenios de las partes pudieran prescindir de leyes imperativas o prohibitivas dictadas en interés general y por razones de orden público o de moral y buenas costumbres, como pueden derogar las leyes simplemente permisivas, que declaran sus derechos y que, por lo mismo, son dictadas en interés personal del renunciante. Aunque la ley se refiere especialmente a las de carácter prohibitivo, no quiere ello decir que considere lícito la violación de una ley imperativa. Si exige v. Gr. un requisito, la realización de una solemnidad determinada para el perfeccionamiento y validez de un acto jurídico, la no ejecución de esa solemnidad o requisito impedirá que el acto ejecutado con prescindencia de ella pueda valer; el legislador no puede sancionar con su protección un acto en que no se ha dado cumplimiento al precepto que exige esa solemnidad de que el particular ha prescindido. Así el art. 1801 dispone que la venta de bienes raíces no se reputará perfecta ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública, aunque las partes estén convenidas en la cosa y en el precio y no discutan la realización de este consentimiento.

En otros términos, la ley manda que la venta de bienes raíces se haga por escritura pública; y por lo tanto, el otorgamiento de una escritura privada no tendría valor alguno para el perfeccionamiento de ese contrato que la ley manda perfeccionar por escritura pública".⁶

⁵ Ídem, p. 265.

⁶ Ídem, pp. 266.267.

6.9.8.- Que de esta forma, la norma del inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley N° 19.253, establece –por razones de interés nacional y de orden público– una limitación para los particulares, consistente en que la propiedad de las tierras indígenas a que se refiere tal artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por dicha ley, lo cual constituye una limitación legítima a la garantía constitucional de adquisición de toda clase de bienes. En efecto, el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República prescribe lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

23°.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

6.9.9.- Que la limitación a la adquisición de los inmuebles indígenas por determinadas personas contenida en el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley N° 19.253 no contraviene lo establecido por la Constitución Política de la República, en cuanto al quórum de aprobación de la misma, por cuanto cabe señalar que el texto definitivo del artículo 12 de la citada Ley, de acuerdo a la historia fidedigna de su establecimiento, fue aprobado por ambas Cámaras en el carácter de norma de quórum calificado de acuerdo al siguiente detalle:

- Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados: ***“Los artículos 12, 13, 15, 17 y 18, por una parte y los artículos 16, inciso tercero; 19, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 55, 56 y 58 permanentes y 1º y 7º transitorios, fueron aprobados en general con el voto conforme de 89 señores Diputados, de 118 en ejercicio, y en particular, por 61 votos a favor los cinco primeros y 72 votos favorables los siguientes, sobre 115 señores Diputados en ejercicio, en el carácter de normas de quórum calificado los cinco primeros, y de disposiciones de rango orgánico constitucional los restantes, dándose cumplimiento a lo preceptuado en los incisos tercero y segundo, respectivamente, del artículo 63 de la Carta Fundamental”.***

- Segundo Trámite Constitucional: Senado: ***“Los artículos 16, 17, inciso segundo, (que ha pasado a ser tercero), y 19, permanentes, y 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 51, 55, 56 y 58, permanentes, (que han pasado a ser artículos 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 52, 56, 57 y 59, respectivamente); y 1º, 7º y 10, transitorios, del presente proyecto han sido aprobados en el carácter de orgánicos constitucionales con el voto afirmativo, en la discusión general de 27 Senadores, de un total de 46 en ejercicio, y en la votación particular, los artículos 16, 17, 43, 44, 45, 46 y 48, nuevo, 49, 52 y 59, permanentes, y 7º transitorio, han sido aprobados con el voto favorable de 26 señores Senadores; el artículo 38, con 27 votos; y los artículos 19, 41, 42, 56 y 57, permanentes, y 1º y 10, transitorios, con el***

*voto favorable de 25 señores Senadores, de un total de 44 en ejercicio, dándose cumplimiento de esta forma a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución Política de la República. Asimismo, hago presente a V.E. que **los artículos 12, 13, 15, 17 y 18, permanentes, han sido aprobados en el carácter de quórum calificado con el voto afirmativo, en la discusión general de 27 señores Senadores, de un total de 46 en ejercicio, y en la votación particular, los artículos 12, 13, 15 y 17, con el voto favorable de 26 señores Senadores, y el artículo 18, con el voto de 25 señores Senadores, de un total de 44 en ejercicio, dándose cumplimiento de esta forma a lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 63 de la Constitución Política de la República**”.*

- **Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados:** En lo que dice relación a la votación de las normas de quórum calificado (dentro de las cuales se encuentra el artículo 12), en la sesión respectiva (sesión 38 de fecha 14 de septiembre de 1993 donde se aprobaron las modificaciones introducidas por el Senado al proyecto de ley de protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas) se indicó que estas requieren 58 votos para su aprobación, siendo finalmente aprobadas con el mismo quórum ya indicado. Así, cabe señalar que de acuerdo al inciso 3º del artículo 66 de la Constitución Política de la República **“las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”**.

6.9.10.- Que el hecho de que el texto del artículo 12 de la Ley N° 19.253 fuere aprobado por ambas Cámaras del Congreso Nacional en el carácter de norma de quórum calificado, demuestra que constituye una limitación legítima para ciertos particulares en cuanto a la adquisición de determinada clase de bienes (los que se indican en el referido artículo 12), lo que a su vez conlleva que a tales particulares les esté vedada la realización de determinados actos jurídicos sobre tales bienes, con la sanción de nulidad absoluta por infracción a la disposición imperativa contenida en el inciso penúltimo de tal norma.

6.9.11.- Que en efecto, lo que ocurre es que en virtud de la protección que establece la Ley N° 19.253 a las tierras indígenas, dándoles un especial tratamiento, a los particulares les está vedado realizar determinados actos jurídicos que generen condiciones que impliquen, con una base ilegítima (acto inicial que adolece de nulidad absoluta), una eventual sustracción de las tierras indígenas en relación a los efectos jurídicos propios de la normativa que las regula por antonomasia. Lo anterior, por tanto, está vedado para los particulares, pudiendo sólo el legislador establecer una situación diversa a lo anteriormente expuesto.

6.9.12.- Que así, por ejemplo, la sucesión por causa de muerte opera de pleno derecho respecto de los asignatarios universales y de los legatarios de especie o cuerpo cierto y, por ende, mediante ésta una determinada persona no indígena que sea heredera del causante podría detentar la posesión legal de la herencia y podría llevar a adquirir el dominio de los bienes quedados al fallecimiento de una persona indígena (por ejemplo, de su cónyuge). Lo anterior sin perjuicio de la aceptación o repudiación de la asignación, de conformidad a las normas establecidas en el Código Civil.

6.9.13.- Que luego si la persona no indígena adquiere el dominio y

presenta una solicitud ante el Tribunal Ordinario de Justicia competente relativa a la desafectación de la calidad de indígena de dicho inmueble producto de que en la actualidad ya no se reunirían los requisitos que establece el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley N° 19.253 para considerar a dicho inmueble como tierra indígena, será el Tribunal respectivo quien, en definitiva, resuelva dicha petición, pero valorando una situación de hecho que se produce legítimamente, por haber operado una institución común establecida por el legislador y no la realización de un acto que esté prohibido por la ley para que se haya dado dicha situación fáctica.

6.9.14.- Que otro caso sería la situación que se produce al disolverse la sociedad conyugal por alguna de las causales establecidas en el artículo 1764 del Código Civil, ya que según se desprende de lo establecido por el legislador y a lo señalado por la Doctrina nacional, disuelta la sociedad conyugal se forma una comunidad a título universal entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido o desaparecido y desde dicha disolución queda fijado, tanto el activo como el pasivo de la comunidad.

6.9.15.- Que, en efecto, en el caso de disolverse una sociedad conyugal, de pleno derecho se produce el efecto legítimo de una comunidad de bienes, pero en dicha circunstancia, lo anterior se produce a consecuencia de permitirlo el legislador y, por lo demás, este último caso se trata del surgimiento de una comunidad de bienes, en la cual puede existir una persona no indígena respecto de un bien inmueble indígena, pero ella se produce por un efecto contemplado por el propio legislador a consecuencia de situaciones contempladas por aquel en el artículo 1764 del Código Civil y no se refiere a la propiedad exclusiva del bien, sino que a una comunidad que se forma sobre el mismo, por lo cual, en tal situación luego, como se explicará, si se tratara de un inmueble indígena no puede adjudicársele dicho bien al cónyuge no indígena. Ello es distinto al caso de una adjudicación de un bien inmueble indígena al cónyuge no indígena en el contexto de una disolución y posterior proceso de liquidación de una sociedad conyugal habida entre este y una persona indígena, por cuanto, por ejemplo, en el caso relativo a la sucesión por causa de muerte, tal institución está contemplada por el legislador, operando de pleno derecho respecto de los asignatarios universales y de los legatarios de especie o cuerpo cierto, es decir, se parte de la base de un acto que ha operado conforme a lo mandatado por el legislador. (Sin perjuicio de la aceptación y repudiación de las asignaciones a que se refiere el Código Civil).

6.9.16.- Que, en cambio, en el caso de una adjudicación de un inmueble indígena a una persona no indígena en el contexto de un procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal habida entre una persona indígena y una persona no indígena, determinados particulares llevan a cabo un acto jurídico que vulnera lo dispuesto en el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 19.253, realizando un acto de adjudicación que transgrede el texto expreso de tal norma pese a la existencia de la misma. Si bien la institución jurídica de la adjudicación está contemplada por el legislador como un título traslativo de dominio, no opera de pleno derecho, sino que se trata de una actuación del hombre, en este caso, de los particulares; por lo tanto, el acto de adjudicación no puede ser ejecutado válidamente por los particulares cuando conlleva la vulneración de una norma imperativa contemplada por el legislador con anterioridad a su realización.

6.9.17.- Que por otra parte, el inciso 2º del artículo 4º de la Ley Nº 19.253 prescribe: “*Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges*”. A su vez el artículo 1752 del Código Civil prescribe: “*La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145*” (si bien esta norma no ha sido modificada, debemos entender hecha la referencia al artículo 138 y no al 145, pues la Ley Nº 19.335 cambió la numeración). Por otra parte, en doctrina se ha establecido que la sociedad conyugal no es una sociedad, ya que posee diferencias con el contrato de sociedad. También se ha entendido que la sociedad conyugal es una institución muy distinta a la comunidad, ya que mientras dura la sociedad conyugal la mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales. De acuerdo al artículo 1750 del Código Civil, el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaran un solo patrimonio. La comunidad de bienes nace precisamente al momento en que la sociedad conyugal se disuelve, siendo los comuneros los cónyuges o el cónyuge sobreviviente con los herederos del cónyuge fallecido según sea el caso.

6.9.18.- Que estimamos que en los casos en que tiene lugar una disolución de la sociedad conyugal, el cónyuge no indígena que en un determinado caso pasa a tener derechos sobre el inmueble indígena en comunidad, sólo puede tener derechos en dicha calidad, es decir, como comunero, ya que tal comunidad se produce por un efecto contemplado por el propio legislador al ocurrir una de las hipótesis de disolución de la sociedad conyugal, pero en tales casos el cónyuge no indígena no puede llegar a obtener la propiedad del inmueble en su totalidad, es decir, no podría adjudicársele en dominio exclusivo, por cuanto se vulneraría con ello lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley Nº 19.253. En otras palabras, en tal caso, ocurrida la disolución de la sociedad conyugal nacería una comunidad de bienes entre una persona indígena y una no indígena, no pudiéndosele adjudicar al cónyuge no indígena el inmueble indígena en el proceso de liquidación de la misma, por cuanto se contravendría con ello lo dispuesto en la última norma citada. De esta forma, el acto de adjudicación de un inmueble indígena al cónyuge no indígena, a nuestro juicio, adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito por infracción a lo establecido en el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley Nº 19.253 y bajo ninguna circunstancia debe entenderse que el inmueble ha dejado de ser tierra indígena.

6.9.19.- Que, en efecto, cabe ser categóricos acerca de que al adjudicarse un inmueble indígena a una persona no indígena en el contexto de un procedimiento de liquidación de una sociedad conyugal, esto es habida entre una persona indígena y una persona no indígena, no opera una desafectación de la calidad indígena del inmueble, es decir el inmueble no ha dejado de ser tierra indígena bajo ninguna circunstancia, por cuanto el legislador contempló sólo una hipótesis de desafectación de la calidad de indígena de las tierras en el artículo 13 de la Ley Nº 19.253 (desafectación que opera de pleno derecho), el cual tiene lugar en el caso de la permuta de una tierra de propiedad de una persona natural indígena por la tierra de un no indígena.

6.9.20.- Que recientemente la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2012, recaída en recurso de protección de garantías constitucionales, caratulado Gajardo Olivares

Rolando contra Riquelme Reuss Germán Subdirector Nacional de Temuco de CONADI, Rol Corte 1167-2012, específicamente en el considerando quinto de la misma señaló:

"QUINTO: Que analizados entonces los antecedentes, en convicción de esta Corte, es correcto el razonamiento dado por la recurrida, en cuanto el artículo 17 inciso 2º de la Ley N° 19.253, es una excepción al artículo 13, que prohíbe la enajenación de tierras indígenas de una persona indígena a una persona no indígena, permitiendo a la Corporación autorizar la subdivisión y enajenación sólo para el caso que se cumplan los fines que dicho precepto contempla, estableciéndose además en las resoluciones pronunciadas por el Director Nacional de la CONADI la condición resolutoria expresa de no cambiar el destino comunitario, social o deportivo del retazo objeto de la enajenación. Precizando el recurrido, que el artículo 17 no contempla que los lotes resultados de una subdivisión o enajenación autorizada queden desafectados de su calidad de tierra indígena, y menos otorga facultades administrativas a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena para que proceda a desafectar tierras indígenas o a certificar tal circunstancia.

Puntualizando como lo ha sostenido esta Corte que el legislador solo contempló expresamente el mecanismo de desafectación de la calidad de tierra indígena para el caso de las autorizaciones de permutas de tierra indígena por una no indígena, por lo que no existe disposición en la ley N° 19.253 que indique que el terreno que se enajenó producto de una subdivisión autorizada por Corporación recurrida, pierda su calidad de indígena por la finalidad que dicho precepto señala, y, por ende, está sujeto a las demás disposiciones contenidas en la referida ley".

6.9.21.- Que si bien es cierto que la sentencia indicada en el numeral anterior se refiere a la temática de la subdivisión de tierras indígenas en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 inciso 2º de la Ley N° 19.253, se ha hecho referencia a dicho pronunciamiento judicial porque en este la Corte de Apelaciones de Temuco señaló que el único mecanismo que contempló expresamente el legislador para que una tierra indígena se entienda desafectada de su calidad de tal, es aquel contemplado en el artículo 13 de la Ley N° 19.253 para el caso de la permuta de tierras.

6.9.22.- Que, además, la Corte de Apelaciones de Temuco, con dicho pronunciamiento estimó que en los casos de subdivisión de tierra indígena y enajenación de uno de los lotes resultantes para la construcción de locales comunitarios, sociales, religiosos y deportivos, el lote que se enajenó producto de la subdivisión autorizada por la Corporación en un caso determinado, no se entiende que ha perdido su calidad de tierra indígena, por cuanto no existe disposición en la Ley N° 19.253 que así lo establezca y, por ende, sigue sujeto a las demás disposiciones de la referida ley, independientemente de la calidad de la persona a la cual se le enajena. En otras palabras, la enajenación que se produce en virtud de lo establecido en el artículo 17 inciso 2º de la Ley N° 19.253, cuando se realiza a una persona no indígena, es válida a pesar de lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 12 (ya que el legislador permite tal enajenación para la construcción de determinados locales que en varios casos han de ser de propiedad de personas no indígenas) y constituye una excepción a lo mandado en el artículo 13 del citado Cuerpo Normativo (tal como la Corte

de Apelaciones de Temuco lo ha reconocido en la sentencia citada en el numeral anterior), además que tal acto debe ser autorizado por un Órgano del Estado, esto es, por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en el contexto de una solicitud de autorización para subdividir y enajenar tierra indígena en virtud de dicha normativa. Por ello, en tales casos, la enajenación a una persona no indígena de uno de los lotes resultantes de una subdivisión autorizada por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena para la construcción de un local comunitario, social, religioso o deportivo, no adolece de nulidad, ya que el mismo legislador (a priori) la contempla y permite, atendiendo a los fines indicados en la norma (comunitarios, sociales, religiosos o deportivos), continuando tales lotes con la calidad de tierra indígena mientras un Tribunal Ordinario no declare lo contrario, previo Informe de la Corporación, ya que el legislador no contempló una hipótesis expresa de desafectación de pleno derecho de la calidad de tierra indígena de un determinado inmueble para tal evento. En dicho caso, algunos estiman que puede solicitarse al Tribunal la declaración de desafectación de la calidad de indígena del terreno porque luego de materializada la enajenación ya no se cumpliría el requisito establecido en el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley N° 19.253, por cuanto señalan que el lote enajenado ya no estaría en propiedad de una persona indígena, situación respecto de la cual el Tribunal que conozca del asunto en un caso determinado deberá pronunciarse. Sin embargo, de antemano es preciso dejar en claro que dicha situación es distinta al caso objeto de autos, por cuanto en la situación de la subdivisión y enajenación de tierra indígena, en el contexto del artículo 17 inciso 2° de la Ley N° 19.253, se parte de la base de un acto realizado conforme a derecho (ya que la enajenación de uno de los lotes resultantes de una subdivisión autorizada por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, a una persona no indígena, para la construcción de un local comunitario, social, religioso o deportivo es un acto contemplado y permitido en el artículo 17 inciso 2° de la Ley Indígena y, por tanto, válido a pesar de lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 12, siendo una excepción a lo dispuesto en el artículo 13 del citado Cuerpo Normativo. Cabe agregar que en varios casos la enajenación que autoriza esta Corporación en el contexto del inciso 2° del artículo 17 de la Ley N° 19.253 es a favor de personas no indígenas, como por ejemplo, Comités de Agua Potable Rural, Municipalidades, etcétera y la Corte de Apelaciones de Temuco estimó que en tales casos los terrenos seguían teniendo la calidad de indígenas y que si en tal caso, por ser además un asunto de lato conocimiento, se intenta obtener la desafectación, *"corresponde a los Tribunales Ordinarios de Justicia pronunciarse sobre lo planteado por algún propietario de un terreno respecto a la desafectación de la calidad de tierra indígena del mismo, previo informe de la Corporación, es decir, ante el Juzgado de Letras Competente"*.

6.9.23.- Que el hecho de adjudicarse un inmueble indígena a una persona no indígena en el contexto de un procedimiento de liquidación de una sociedad conyugal disuelta, esto es habida entre una persona indígena y una persona no indígena, no conlleva la desafectación de la calidad de indígena del inmueble, por cuanto como se ha dicho en realidad dicho acto de adjudicación va en contra de lo establecido en el inciso penúltimo del artículo 12 de la Ley N° 19.253, vulnerando dicha norma imperativa, por lo cual el acto de adjudicación al cónyuge no indígena adolece de nulidad absoluta.

6.9.24.- Que sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es importante

destacar que en general los actos jurídicos se entienden válidos mientras no sea declarada su nulidad por medio de sentencia judicial, debiéndose tener en cuenta lo prescrito por el artículo 1683 y demás pertinentes del Código Civil, especialmente cuando dicha disposición prescribe: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años”.*

7º.- Que dado que estimamos que en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 19.253 es nula absolutamente por objeto ilícito la adjudicación de parte de un inmueble indígena realizada a don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ**, en el contexto de la liquidación de la sociedad conyugal habida entre este y doña **ZULEMA CANIULLAN CALFANTE**, estimamos que los actos jurídicos realizados con posterioridad a dicha adjudicación necesariamente también adolecen de nulidad absoluta.

8º.- Que de acuerdo a lo anterior, estimamos que también es nulo absolutamente por objeto ilícito el contrato de compraventa que posteriormente se llevó a cabo entre don **FRANCISCO JAVIER MÉNDEZ SÁNCHEZ**, como vendedor y don **NEESH SAI REM**, como comprador, respecto de un retazo de terreno de diez hectáreas que forma parte del inmueble ubicado en Alihuen de la comuna de Loncoche, de una superficie de once coma sesenta hectáreas, contrato que se celebró mediante la escritura pública de fecha 31 de agosto de 2010, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica, rectificadas mediante escritura de fecha 6 de octubre de 2010, otorgada ante el citado Notario Público. El referido contrato es nulo absolutamente por objeto ilícito porque el acto jurídico que es su antecedente también es nulo absolutamente como se señaló con anterioridad. En estricto rigor el contrato de compraventa en referencia es nulo por vulneración a los artículos 12 y 13 de la Ley N° 19.253, por cuanto el legislador en dicho artículo 12 establece con carácter imperativo que la propiedad de las tierras indígenas a que se refiere dicho artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley, en tanto que de acuerdo al artículo 13 las tierras indígenas no podrán, entre otros actos, ser enajenadas, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, en circunstancias que mediante dicha compraventa se pretendía transferir el dominio del referido inmueble a una persona no indígena.

9º.- Que de acuerdo a lo anterior, estimamos que también es nula absolutamente por objeto ilícito la liquidación de comunidad, partición y adjudicaciones llevadas a cabo entre don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** y don **PAUL ROBERT KAPPEL**, este último en representación de don **SAI REM NEESH**, actos que se llevaron a cabo mediante escritura pública de fecha 24 de junio de 2014, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica. Dichos actos son nulos absolutamente por objeto ilícito porque los actos jurídicos que son su antecedente también son nulos absolutamente como se señaló con anterioridad. En estricto rigor la liquidación de comunidad, partición y adjudicaciones antes señaladas son nulas por vulneración a los artículos 12 y 13 de la Ley N° 19.253 por los

mismos motivos anteriormente expuestos.

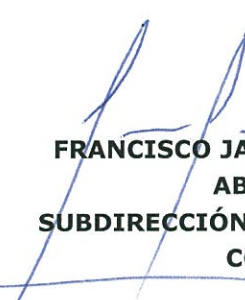
10.- Que tal como se ha dicho anteriormente, es importante destacar que en general los actos jurídicos se entienden válidos mientras no sea declarada su nulidad por medio de sentencia judicial, debiéndose tener en cuenta lo prescrito por el artículo 1683 y demás pertinentes del Código Civil.

11.- Que de acuerdo a todo lo anteriormente expuesto, estimamos que el Tribunal no debería dar lugar a la solicitud planteada en estos autos por don **ABEL CANIULLAN CALFANTE**, por cuanto los terrenos comprendidos dentro del inmueble ubicado en Alihuen, de la comuna de Loncoche, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía, de una superficie aproximada de once hectáreas sesenta áreas, terrenos respecto de los cuales operó en el año 1983 una regularización de su posesión en beneficio de don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** en conformidad al Decreto Ley 2.695 del año 1979 del Ministerio de Agricultura, no han perdido su calidad de tierra indígena por los actos jurídicos celebrados a su respecto, ya que tales actos, a nuestro juicio, adolecen de nulidad absoluta por objeto ilícito en los términos ya expuestos. En efecto, el referido inmueble (así como los lotes que resultaren de la subdivisión del mismo) es tierra indígena en conformidad al artículo 12 N° 1 letra d), ya que a la época de entrada en vigencia de la Ley N° 19.253, esto es al día 5 de octubre de 1993, se encontraba en propiedad de una persona indígena y proviene de uno de los títulos que se mencionan en tal disposición legal, específicamente proviene de una de las formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, específicamente de la aplicación del Decreto Ley ya citado. Por otra parte, el hecho de que un determinado inmueble no se encuentre actualmente inscrito en el Registro Público de Tierras Indígenas no quiere decir que este no posea la calidad de tierra indígena, ya que la calidad de tierra indígena es determinada por el legislador en el artículo 12 de la Ley N° 19.253, por lo cual si un inmueble se enmarca dentro de alguno de los casos contemplados en dicha disposición legal, debe concluirse que este posee la calidad de tierra indígena.

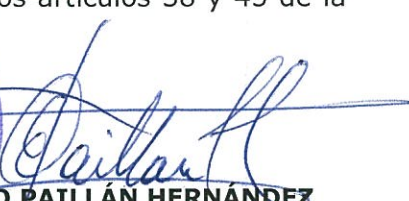
12.- Que finalmente cabe agregar que en la escritura pública de liquidación de comunidad, partición y adjudicaciones de fecha 24 de junio de 2014, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica, anotada en el Repertorio de Instrumentos Públicos de dicha Notaría bajo el N° 1633-2014, la cual rechazó inscribir doña Luz María Francisca Vergara Williams, Conservador de Bienes Raíces de Loncoche, comparecieron don **ABEL CANIULLAN CALFANTE** y don **PAUL ROBERT KAPPEL**, consignándose que este último comparece en nombre y representación de don "**SAI REM NEESH**, estadounidense, médico, soltero, Cédula de Identidad de Chile para Extranjeros número veintitrés millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil trescientos ochenta guión uno", en tanto que en la inscripción de fojas 1245, N° 735 del Registro de Propiedad del año 2010 del Conservador de Bienes Raíces de Loncoche (la cual se refiere a la escritura pública de fecha 31 de agosto de 2010, otorgada ante don Francisco Javier Muñoz Flores y a la escritura de rectificación de fecha 6 de octubre de 2010, otorgada ante dicho Notario) se hace alusión a don "**NEESH SAI REM**, médico, soltero, rol único tributario número cuarenta y ocho millones ciento treinta y tres mil novecientos noventa y cuatro guión cuatro, y pasaporte número cuatro tres siete cero tres cuatro cuatro tres

nueve, de Estados Unidos de Norteamérica”.

13.- Que el presente Informe, junto con el funcionario público que suscribe, es suscrito por el Subdirector Nacional de Temuco de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en el marco de los artículos 38 y 45 de la Ley N° 19.253.



FRANCISCO JAVIER PINTO LOPEZ
ABOGADO
SUBDIRECCIÓN NACIONAL TEMUCO
CONADI



ERNESTO PAILLÁN HERNÁNDEZ
SUBDIRECTOR NACIONAL TEMUCO
CONADI

Distribución:

- **Funcionario Informante.**
- **Unidad Jurídica.**
- **Tribunal.**
- **Archivo General de Asuntos Indígenas.**