

# Estatuto de las tierras indígenas

José Aylwin

**COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DE LAS  
ACTUACIONES DE ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN  
DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN DE  
TIERRAS INDÍGENAS, PARTICULARMENTE EN LAS  
REGIONES. DEL BIOBÍO, DE LA ARAUCANÍA, LOS LAGOS  
Y LOS RÍOS**

**Valparaíso, 17 de julio de 2019**

# Las tierras indígenas en Chile: Antecedentes

- **Reglamento-Ley de 1813** de Junta de gobierno proclama la *“fraternidad, igualdad y prosperidad de los indios”* y reconoce para estos **“los mismos derechos sociales de ciudadanía que el resto de los chilenos”** . Propone que se les dote de **“una propiedad rural.”**
- **Ley de 1852** crea provincia de Arauco, incluyendo en esta **“los territorios de indígenas”** situados al sur del Bío Bío y al norte de la provincia de Valdivia. Reglamento de 1853 dispone **que todas las compras de terrenos hechas a personas indígenas o de terrenos localizados en territorios considerados como indígenas, requerían de aprobación gubernamental (Gobernador de Indígenas)**
- **Ley de 1866** dispone que **“terrenos” pertenecientes a los indígenas debían de ser deslindados** por una comisión de tres ingenieros designados por el Presidente de la República (artículo 5). **Las tierras serían otorgadas en propiedad comunitaria en favor del “cacique” o cabeza de familia. Se establece prohibición de adquirir tierras a indígena y de estos a enajenar sus tierras**
- **Ley de 1883** Comisión Radicadora de indígenas reemplaza a la Comisión de Ley de 1866. **Se mantienen prohibiciones de dicha ley**

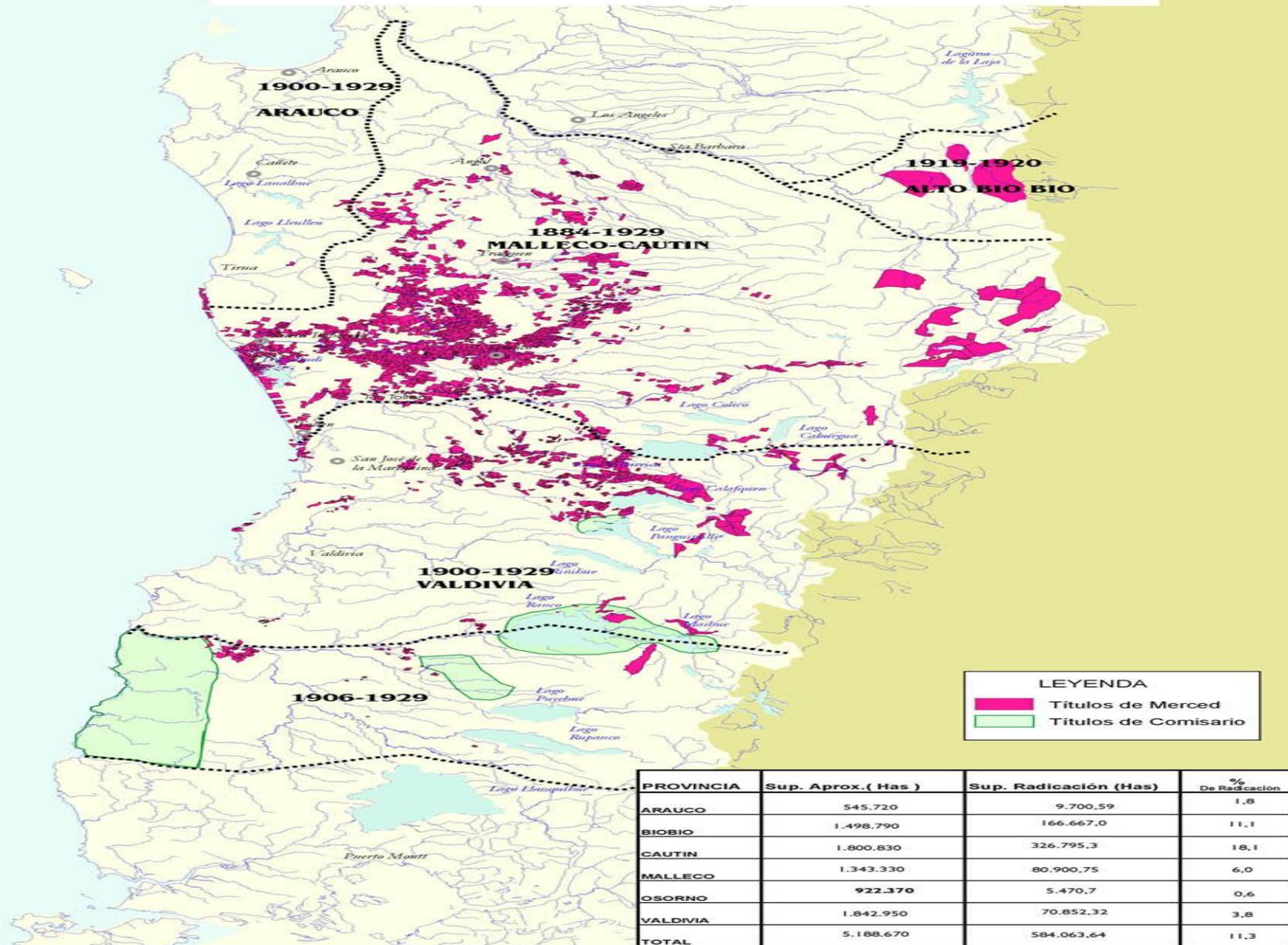
# Títulos de Comisario

- **Ley de 1823** (Freire) que autoriza a Intendente de Valdivia a **deslindar terrenos indígenas y entregarlos en propiedad**
- **Se entregan Títulos de Comisario** (a través de Comisario de Naciones y más tarde a través del juez), en La Unión, Pilmaiquen, Ranco, San Juan de la Costa, a favor de “caciques”
- No fueron inscritos en Registro Propiedad (Código Civil)

# Leyes de propiedad Austral

- Dictadas entre 1928 y 1931 (N°4.910 de 11 de Febrero de 1928, N°4.510 de 28 de Diciembre de 1928, N°4.444 de 4 de Octubre de 1929, la Ley N°4.904 de 23 de Diciembre de 1930, el DFL N°39 del 6 de Abril de 1931), refundidas por **el Decreto Ley (DL) N° 1600 sobre Constitución de la Propiedad Austral de 31 de marzo de 1931:**
  - **promueven la regularización de la propiedad al sur del río Malleco y al norte de la provincia de Magallanes**
  - **Los interesados debían presentar antecedentes en plazo un año**
  - **Se exige posesión material personal o por otra persona en nombre de la primera sobre las tierras**
  - **Beneficiaron mayormente a particulares que se establecieron sobre las tierras de ocupación ancestral indígena, en particular sobre tierras de Títulos de Comisario en las provincias de Osorno y Valdivia**

# RADICACIÓN DE COMUNIDADES MAPUCHE TÍTULOS DE COMISARIO Y TÍTULOS DE MERCED



**LEYENDA**

- Títulos de Merced
- Títulos de Comisario

PROVINCIA	Sup. Aprox. ( Has )	Sup. Radicación (Has)	% De Radicación
ARAUCO	545.720	9.700,59	1,8
BIOBIO	1.498.790	166.667,0	11,1
CAUTIN	1.800.830	326.795,3	18,1
MALLECO	1.343.330	80.900,75	6,0
OSORNO	922.370	5.470,7	0,6
VALDIVIA	1.842.950	70.852,32	3,8
<b>TOTAL</b>	<b>5.188.670</b>	<b>584.063,64</b>	<b>11,3</b>

Fuente Estadística:  
Superficies Provinciales, Instituto Nacional de Estadísticas (INE)  
Superficies Radicación: Ft. González, "Propiedad Comunitaria e Individual Las Leyes Indígenas y el Pueblo Mapuche," Boletín Nutram, N° 3.

# Siglo XX

- **Leyes divisorias (1927-1931):** Establecen cinco juzgados de indios (Temuco, Pitrufquen, Victoria, Valdivia, La Union) con competencia para **reclamación de tierras indígenas y división de TM**, requerida por un tercio comuneros. **Las tierras divididas pueden ser enajenadas con autorización Juez de Indios (entre 1943-1947 no se requiere dicha autorización)**
- Consecuencia: Entre 1931 y 1971 se dividen 832 TM (28.5% total). Se estima que se enajenaron 100 mil has.
- **Ley 19.729 (1972):**
  - Protege propiedad comunitaria al restringir la división a la mayoría de los comuneros
  - **Prohíbe la enajenación**
  - Establece mecanismos para la restitución y ampliación de las tierras indígenas

- **DL 2568 y 2570 (1979): Promueve la división de las comunidades de tierras indígenas (Títulos de Merced) a través de mecanismo judicial**
  - Resultó en la división de la casi totalidad de los TM remanentes a la fecha (Salvo 4 TM con 16 mil has.)
  - A 1990 se otorgaron 72 mil títulos propietarios individuales con 463 mil has.
  - Si bien se mantuvo la prohibición de enajenar por 20 años, **proliferaron los contratos de cesión de acciones y derechos y arrendamientos por 99 años.**

# Las tierras indígenas en la Ley 19.253 de 1993

- *“el proyecto plantea la protección de las tierras de las comunidades indígenas. **La ley debe establecer normas para la plena protección de las tierras que pertenecen a ellos... La sociedad debe asegurar que la gente pueda vivir con tranquilidad y seguridad en el lugar de su origen.** Creemos que ese es un gran objetivo que el presente proyecto considera.”* (Mensaje Presidencial, 1991).
- Art. 1 : Para las etnias indígenas “... la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura.”
- Art. 3 : “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, **proteger las tierras indígenas**, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.”

# Art. 12. Tierras indígenas:

- Son tierras indígenas:
  - 1. Aquellas que las **personas o comunidades** indígenas actualmente **ocupan en propiedad o posesión provenientes de Títulos de comisario, Títulos de merced, cesiones gratuitas de dominio, otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas.**
  - 2. Aquellas que **históricamente han ocupado y poseen** las personas y comunidades indígenas, **siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras de CONADI**
  - 3. Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, **se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.**
  - 4. Aquellas que indígenas o sus comunidades **reciban a futuro a título gratuito del Estado.**

- La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá **como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena** definida por esta ley (artículo 12 inc. Final)

# Naturaleza jurídica de las tierras indígenas:

- estarán **exentas de contribuciones** territoriales (artículo 12).
- **Por exigirlo el interés nacional, no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.**
- **Excepcionalmente, y con autorización de CONADI, podrán permutarse por tierras de no indígenas, de similar valor comercial, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras**
- **Las tierras comunitarias** 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.**
- Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo **adolecerán de nulidad absoluta** (art.13)

- Art. 15 La Corporación llevará un **Registro Público de Tierras Indígenas** en que se inscribirán todas las tierras a que alude el artículo 12 de esta ley. **Su inscripción acreditará la calidad de tierra indígena.**
- Los **Conservadores de Bienes Raíces** deberán enviar al citado **Registro, en el plazo de treinta días**, copia de las inscripciones que realice y que recaigan sobre los actos o contratos, a que alude el artículo 13 de esta ley.

# Funciones de CONADI:

- *“velar por la protección de las tierras indígenas a través de los mecanismos que establece esta ley y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del Fondo respectivo (art. 39 letra e)”*.

# Conflictos de tierras

- **Artículo 58**
- ***“En caso de controversia acerca del dominio emanado de un título de merced o de comisario vigente, éstos prevalecerán sobre cualquier otro, excepto en los casos siguientes:***
- ***1.- Cuando el ocupante exhiba un título definitivo que emane del Estado, posterior al 4 de diciembre de 1866 y de fecha anterior al de merced.***
- ***2.- Cuando el ocupante exhiba un título de dominio particular de fecha anterior al de merced aprobado de conformidad con la ley de Constitución de la Propiedad Austral.”***

# Elementos a considerar para determinar cuales son tierras indígenas

- 1. **El elemento real:** debe tratarse de inmuebles cuyos títulos provengan de alguno de aquellos antecesores de dominio enumerados en el artículo 12;
- 2. **El elemento personal:** que el titular sea una persona natural indígena o una comunidad indígena;
- 3. Que **exista un vínculo entre ambos elementos (elemento funcional) :** debe encontrarse **fundado en la *ocupación actual* en propiedad o posesión** (artículo 12 nº 1) (NECULMÁN M., Marcelo y WERLINGER M., Marcela, 1994; Morales Marileo, A, 2019)

# Elemento real

- **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. (artículo 12. 1 )

# Elemento personal

- Art. 2. **Se considerarán indígenas:**
  - a) **Los que sean hijos de padre o madre indígena**, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva. **Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.**
  - b) **Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;**  
**Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y**
  - c) **Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena**, entendiéndose por tales la **práctica de normas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena.**
- **En estos casos, será necesario, además, que se auto identifiquen como indígenas**
- Art. 3: **La calidad de indígena podrá acreditarse mediante un certificado que otorgará la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.** La denegación podrá ser impugnada ante el Juez

# Las comunidades indígenas

- Art. 9. Toda **agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena** y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:
  - a) Provenzan de un mismo tronco familiar;
  - b) Reconozcan una jefatura tradicional;
  - c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común,
  - d) Provenzan de un mismo poblado antiguo.
- Art. 10. se conforman ante Notario, Of Reg Civil, Sec Municipal con **diez personas mayores de edad que sean al menos 1/3 de los que tienen derecho a constituirla**

# Elemento funcional: Ocupación en propiedad o posesión “actual”

- Interpretación dominante es que la ocupación “actual” se refiere al momento de entrada en vigencia de la Ley.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 11.271, de fecha 21 de Marzo del año 2003
- Corte Suprema :
  - ***“Que el artículo 12 de la Ley 19.253, precisa que debe entenderse por tierra indígena y al respecto se dice que si al momento de entrar en vigencia la Ley 19.253 (año 1993), la tierra se encontraba en posesión de una persona indígena, (en este caso de don Samuel Lincol y de Ignacia Lincol Levio), no pierde dicha calidad por transferencias posteriores”*** Corte Suprema, “Vásquez y otra con Conservador de B. R. de Temuco”, 19 de junio de 2007, rol n° 6084- 2005.
  - ***“ Para tener tal carácter [indígena]el primer numeral del artículo 12 de la Ley N°19.253 exige que las tierras hayan estado ocupadas en propiedad o posesión por personas o comunidades indígenas al momento de entrada en vigencia de dicha ley....”*** Corte Suprema, “Comunidad Indígena Entuco con Municipalidad de Padre Las Casas”, 04 de abril de 2015, rol n° 36.728-2015

# Quien determina que es tierra indígena?

- ***“Ante cada caso en que la actuación requerida se refiera a tierras que pudieren tener la calidad de indígenas, requieran del Archivero de Tierras Indígenas una certificación y con su mérito procedan en consecuencia”*** (Corte de Apelaciones de Temuco Oficio N° 2466, de 1996, y N° 1811, de 1997).
- El Dictamen N° 11.271 de Contraloría de 21 de marzo de 2003, señala que: ***“En relación con la materia planteada, y en torno a lo manifestado por la Subsecretaría de Bienes Nacionales, en el sentido que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es la autoridad competente para determinar si un inmueble es indígena, es conveniente precisar que tal calificación le asiste a la ley, conforme con lo establecido en el citado artículo 12, el cual fija los supuestos en cuya virtud un inmueble se considera tierra indígena”***.

# Las obligaciones de protección de las tierras indígenas al amparo de los tratados internacionales de Derechos humanos: El Convenio 169 de la OIT

- “ Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y **garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.**” (artículo 14.2 Convenio 169 de la OIT)
- “Los **gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios**, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera...” (artículo 13 Convenio 169 de la OIT)

## Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación de Convención Americana sobre Derechos Humanos

- La Corte IDH, aplicando las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los pueblos indígenas sostiene que sus **“...derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos... califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención”** (Corte IDH; *Awas Tigni vs Nicaragua*, párr. 140 b).
- Consecuentemente sostiene que los estados **“... debe[n] adoptar medidas adecuadas para demarcar la propiedad de la Comunidad y garantizar plenamente los derechos de ésta sobre sus tierras y recursos”** (Corte IDH; *ibid*, párr. 140 n)

- El derecho de propiedad de los pueblos indígenas protegido por el artículo 21 **“...puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.”** (Sawhoyamaya vs Paraguay)
- La Corte además sostuvo **que los derechos de propiedad indígena sobre sus tierras ancestrales no se extinguen mientras estas mantengan su relación con sus tierras, ya sea material o espiritual, persista** (Yakye Axa vs Paraguay).

# Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

- Artículo 26
- **3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de [las] tierras, territorios y recursos [de los pueblos indígenas].** *Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.*
- Artículo 8 Número 2.
- **Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:** b) **Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos.**