

La acción de nulidad absoluta en la Ley de Desarrollo Indígena

Análisis del proyecto de ley que establece su imprescriptibilidad

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados en el marco de la discusión del Proyecto de ley que Modifica el Código Civil para establecer la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos celebrados en contravención de las normas que protegen las tierras indígenas" (Boletín N° 12.457-17)

N° SUP: 126562

Resumen

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce y protege especialmente las tierras indígenas. Entre los mecanismos que consagra está la obligación de impedir que terceros se hagan de aquellas, y en general, evitar los actos de despojo.

La Ley de Desarrollo Indígena (LDI) establece un regulación especial de los actos jurídicos sobre tierras indígenas, que en general excluye a terceros no indígenas de participar en dichos negocios jurídicos, en particular en la enajenación de tierras indígenas, incluyendo una prohibición de adquirirlas por prescripción. La sanción que establece es la nulidad absoluta, pero no regula sus características.

Al recurrirse a la regulación general de la acción de nulidad, se concluye que los actos que contravienen las regulaciones y prohibiciones de la LDI se sanean tras 10 años. Esto genera una ruptura del sistema civil que alinea la prescripción extintiva con la prescripción adquisitiva, la cual no puede operar en estos casos por expresa mención legal. Además parece contradecir el objetivo declarado de la LDI, alineado con el derecho internacional, en orden a proteger y ampliar las tierras indígenas.

El proyecto propone resolver esta dificultad, estableciendo en el Código Civil que la nulidad absoluta establecida en la LDI "será imprescriptible". Esta modificación parece resolver el problema detectado a futuro, aunque sus efectos retroactivos quedarían regulados por la legislación actualmente vigente, con resultados inciertos.

Introducción

Actualmente, la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados está abocada al estudio de tres proyectos de ley que modifican la Ley N° 19.253 de 1993 y uno que interviene el Código Civil. Estos abordan distintas materias: (i) el derecho a incluir la pertenencia étnica en el documento de identidad;¹ (ii) las prácticas consuetudinarias de comercialización indígena;² y (iii) la cuestión de la prescripción de la acción de nulidad absoluta de los contratos celebrados en contravención de las normas que protegen las tierras indígenas.³ Por expreso encargo de la Comisión, este informe analiza los alcances de este último proyecto.

Para ello, primero se explica brevemente la fundamentación del proyecto. Luego se exponen el estándar internacional de protección a las tierras indígenas, con énfasis en lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la tercera sección se analiza el alcance de las disposiciones del proyecto desde la perspectiva del derecho civil, y teniendo presente los antecedentes jurisprudenciales recopilados en otro informe BCN sobre la materia.⁴

I. Breve descripción del proyecto de ley

El texto de la moción parlamentaria comienza ofreciendo un resumen del tratamiento legal que el Estado ha dado a las tierras indígenas, especialmente *mapuche*, para luego describir las disposiciones de la LDI que protegen las tierras indígenas, en particular, la que establece la prohibición de enajenarlas y el sistema de registro de aquellas.⁵ Luego, el proyecto cita las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI) que refieren, entre otras cosas, a la obligación estatal de reparar el despojo territorial y de dar protección a las tierras y territorios indígenas.⁶ En el mismo tenor, invoca el deber de proteger la “importancia especial” que tiene la tierra para los indígenas y el deber de reconocerles “el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” establecidos en el Convenio 169 (C169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).⁷

Luego, los autores señalan que históricamente la autorización legal para enajenar tierras indígenas habría sido “un factor relevante en la pérdida territorial que ha afectado al pueblo mapuche y a los demás pueblos indígenas reconocidos en la ley”, por lo que constituirían una contradicción con las obligaciones internacionales citadas.⁸

1 Boletines N.º 11.823-17 y N.º 12.929-17.

2 Boletín N.º 13.549-17

3 Boletín N.º 12.457-17

4 BCN, 2019.

5 Cfr. arts. 13 y 15 LDI.

6 Cfr. 8.2 y 26.3 DDPI.

7 Cfr. arts. 13.1 y 14.1 C169.

8 Moción Parlamentaria, 2019:5.

En concreto, el proyecto busca reforzar la protección de las tierras indígenas establecida en la LDI, declarando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos jurídicos realizados en contravención de la prohibición establecida en su artículo 13. Para ello, se propone agregar un segundo inciso al artículo 1.683 del Código Civil (CC) que establece la prescripción de la acción de nulidad absoluta en 10 años del siguiente tenor:

La nulidad absoluta que se origina en el incumplimiento de las normas sobre protección de tierras indígenas establecidas en la Ley 19.253, será imprescriptible.⁹

II. Las tierras indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos

El primer instrumento internacional que abordó la cuestión indígena en forma íntegra, fue adoptado en 1957 en el seno de la OIT a través de su Convenio N.º 107.¹⁰ Ya en esa época, la cuestión de las tierras indígenas ocupó un lugar central. Este tratado, que ya no está abierto a ratificaciones, establece el deber de reconocer la propiedad indígenas colectiva e individual, exige el consentimiento indígena para trasladarlos de sus territorios habituales, valida el derecho sucesorio indígena, y garantiza su participación igualitaria en los programas agrarios nacionales.¹¹

Aunque el Convenio 169 de la OIT de 1989 (C169) significó un cambio de paradigma en relación con su antecesor en la medida en que fue adoptado “con el fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”,¹² el reconocimiento y protección de las tierras indígenas siguió siendo parte esencial del mismo. En efecto, el nuevo tratado ratificó explícitamente el motivo de la protección especial de las tierras indígenas, vinculando la identidad indígena con la tierra, entendida esta última como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.¹³

Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.¹⁴

Además del derecho a la propiedad indígena colectiva e individual, de la protección contra el traslado forzoso, y del respeto al derecho sucesorio indígena, ya reconocidos en el Convenio 107, el C169 reconoce la posesión sobre las tierras que los indígenas tradicionalmente ocupan y reconoce también una especie de servidumbre sobre las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a

9 Moción Parlamentaria, 2019:6.

10 La OIT fue pionera en abordar la cuestión indígena desde un enfoque de derechos, aunque inicialmente lo hizo centrándose en su condición de trabajadores. Cfr. Convenios 64 y 65 de 1939 sobre los contratos de trabajo y sanciones penales a trabajadores indígenas respectivamente; el Convenio 86 de 1947 sobre contratos de trabajo para trabajadores indígenas; y el Convenio 104 de 1955 sobre la abolición de sanciones penales a trabajadores indígenas (OIT, s.f).

11 Parte II Convenio 107 OIT.

12 Preámbulo C169.

13 Art. 13.1 C169.

14 Art. 13.2 C169. Énfasis añadido.

las que han tenido acceso tradicionalmente para sus actividades de subsistencia.¹⁵ De esta manera, el Convenio reafirmó y amplió los derechos reconocidos en materia de tierras en el Convenio 107.

Este estatuto especial de las tierras indígenas y las consiguientes obligaciones ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). A partir de la sentencia del caso *Awas Tigni vs Nicaragua* de 2001, la Corte estableció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para reconocer la propiedad comunal indígena y el deber del Estado de delimitar sus tierras y protegerlas (Corte IDH, 2001). En sentencias sucesivas, ha ampliado este reconocimiento a los territorios, incluyendo los recursos naturales y los elementos incorporales presentes en ellos y el derecho a recuperar las tierras de las que hayan sido desposeídos sin su consentimiento, siempre que mantengan con aquellas un vínculo especial. En estos casos, el transcurso del tiempo y la pérdida de posesión material no condiciona este derecho a la recuperación.¹⁶ Estas cuestiones también han sido recogidas en la DDPI.¹⁷

En lo que concierne a este informe, el Convenio 169 establece la obligación de adoptar ciertas medidas específicas de protección de las tierras, más allá de la protección implícita contenida en las reglas anteriores. En particular, se establece: (i) un deber de delimitación de las tierras indígenas;¹⁸ (ii) un deber de establecer “procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras”;¹⁹ (iii) la obligación de impedir que terceros se aprovechen del desconocimiento de las leyes por parte de los indígenas “para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”;²⁰ y la sanción a las intrusiones no autorizadas a tierra indígena.²¹

En esta misma línea la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI), adoptada en 2007 y firmada por Chile, establece el deber estatal de disponer de mecanismos para prevenir y resarcir “[t]odo acto que tenga por *objeto o consecuencia* desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos”.²²

15 Arts. 14, 16 y 17.1 C169. Montt y Matta (2011:199) denominan este derecho *sui generis* como servidumbre tradicional, la cual consistiría en un “derecho de uso no exclusivo ni excluyente sobre tierras a las que tradicionalmente los pueblos han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

16 Meza-Lopehandía, 2013.

17 Cfr. arts. 25-29 DDPI. En menor medida, en la Declaración Americana de Derechos de Pueblos Indígenas adoptada en 2016, ver art. XXV.

18 Art. 14.2 C169.

19 Art. 14.3 C169. El artículo 19.b añade que los programas agrarios nacionales deben permitir “la asignación de tierras adicionales” a los indígenas cuando las necesitan para llevar una existencia normal.

20 Art. 17.3 C169.

21 Art. 18 C169.

22 Art. 8.2.b DDPI. Énfasis añadido.

III. Análisis del proyecto de ley

Como se ha señalado en el primer apartado, el proyecto de ley propone establecer una excepción a la regla general de prescripción de la acción de nulidad contemplada en el Código Civil. Con esto aspira a reforzar la protección de las tierras indígenas establecida en la Ley de Desarrollo Indígena (LDI), en particular, la de su artículo 13 que prohíbe la enajenación, embargo, gravamen, y adquisición por prescripción de tierra indígena por terceros ajenos a la etnia respectiva.

En esta sección se explicará la regulación de los actos jurídicos sobre tierra indígena contenida en la LDI, incluyendo la sanción a la contravención a la prohibición arriba indicada. Luego se revisa cómo operaría la imprescriptibilidad propuesta en distintos escenarios, tomando en cuenta la legislación civil actualmente vigente.

1. La protección de las tierras indígenas en la Ley de Desarrollo Indígena

La LDI fue adoptada en 1993 tras un amplio proceso de participación indígena.²³ En línea con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT – que había entrado en vigencia internacional en 1991, el mismo año en que el gobierno ingresó el proyecto de ley al Congreso para su discusión – la Ley reconoce que la tierra es para los indígenas “el fundamento principal de su existencia y cultura”, y por consiguiente, establece el deber social y estatal de [...] proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.²⁴ Asimismo, enumera en forma taxativa las tierras que son consideradas como indígenas, prohíbe ciertos actos jurídicos y establece sanciones, regula su subdivisión y establece un Fondo de Tierras y Aguas para la adquisición de tierras y aguas para personas y comunidades indígenas, entre otras cuestiones.²⁵

1.1. Regulación de los actos jurídicos sobre tierra indígena

Como se ha señalado, la Ley restringe la libre disposición sobre las tierras indígenas a través de reglas cuya transgresión es sancionada con la nulidad absoluta. Para ello invoca el interés nacional.²⁶ En efecto, se dispone que las tierras indígenas “no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia”.

Respecto de los gravámenes, la ley establece una prohibición absoluta respecto de la casa habitación y “el terreno necesario para [la] subsistencia” del propietario. O sea, estas porciones, no pueden ser gravadas, ni aun en favor de un tercero perteneciente a la misma etnia. El resto del predio indígena sí puede ser gravado entre indígenas, pero con la autorización previa de CONADI.²⁷

23 Sobre el contexto en que se adoptó la LDI y sus principales contenidos, ver BCN, 2020.

24 Art. 1 LDI.

25 El estatuto de las tierras indígenas consagrado en la LDI es abordado en detalle en BCN, 2019.

26 Art. 13 LDI. Conforme al texto constitucional vigente (CPR), solo la ley puede imponer limitaciones y obligaciones sobre la propiedad, derivadas de su función social, la cual comprende, entre otras “cuanto exijan los intereses generales de la Nación” (art. 19.24 CPR). Más específicamente, el numeral 23 del mismo artículo establece que se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de ciertos bienes “cuando así lo exija el interés nacional”.

27 Art. 13 inciso primero LDI. Existe evidencia de que el Banco Estado entregó créditos hipotecarios gravando

Adicionalmente, se contempla una prohibición absoluta de arriendo, comodato y cesión de uso, goce o administración respecto de tierras indígenas comunitarias. Las tierras indígenas de propiedad individual, pueden ser objeto de dichos actos jurídicos, pero por un tiempo máximo de 5 años.

De esta manera, se configura lo que ha sido llamado “sub-mercado” de tierras indígenas,²⁸ conforme al cual, estas solo pueden transarse entre personas y comunidades de la misma etnia indígena.

En la Tabla N.º 1 se muestran los distintos tipos de actos jurídicos regulados en el artículo 13 de la LDI, especificando su aplicación respecto de tierras comunitarias y de tierras individuales. En la primera columna se indica el acto jurídico regulado con una breve descripción de su alcance. El fundamento de este está en un informe BCN anterior sobre la materia.²⁹

Tabla N.º 1. Actos jurídicos entre indígenas y terceros no indígenas sobre tierras indígenas referidos en el artículo 13 Ley 19.253.

Acto jurídico	Tierras comunitarias	Tierras individuales
Enajenación (transferencia de dominio entre vivos)		Prohibida
Permuta	Prohibida	Permitida con autorización de CONADI (tierras de similar valor comercial, que pasan a ser indígenas)
Embargo (ejecutivo y cautelar)		Prohibido
Gravamen voluntario (derechos reales como hipoteca, servidumbre, usufructo)	Prohibido respecto de casa-habitación y terreno necesario para subsistencia	
	Permitido en los demás casos, previa autorización de CONADI.	
Gravamen legal (derechos reales)		Discutido
Adquisición por prescripción (posesión con ánimo de señor y dueño más transcurso del tiempo)		Prohibido
Arriendo	Prohibido	Permitido hasta por cinco años
Comodato	Prohibido	Permitido hasta por cinco años
Cesión de uso, goce o administración	Prohibido	Permitido hasta por cinco años

Fuente: elaboración propia

predios indígenas con autorización de CONADI. Dada la regulación descrita, los postores de un eventual remate de la propiedad gravada solo podrían ser personas o comunidades de la misma etnia del dueño indígena (López, 1999).

28 Bengoa, 2017:18.

29 BCN, 2019.

1.2 La sanción a la contravención de la regulación del artículo 13 de la LDI

El artículo 13 contempla la sanción correspondiente a la infracción de sus disposiciones, señalando que “[l]os actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta”. La ley no define lo que entiende por tal, por lo que es necesario acudir a su regulación genérica establecida en el Código Civil.³⁰

La nulidad es una sanción civil a la omisión de un requisito que la ley establece para la validez de un acto jurídico. Conforme al Código del ramo citado, cuando dicha omisión recae sobre alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie, opera la nulidad absoluta. En cambio, cuando lo omitido es un requisito establecido en relación con la calidad o estado de las partes, opera la nulidad relativa.³¹

Ambos tipos de nulidad se diferencian por sus causales, los habilitados para solicitarla y sus formas de saneamiento. Determinar qué tipo de nulidad aplica a determinada omisión de requisitos de un acto jurídico puede llegar a ser una cuestión compleja. Ahora bien, esto fue zanjado por el legislador especial de forma expresa. En efecto, el inciso final del artículo 13 de la LDI señala el tipo de nulidad aplicable a las infracciones a su contenido:

Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de *nulidad absoluta*.³²

En consecuencia, esta sanción de ineficacia puede ser declarada de oficio por el juez cuando el vicio es evidente y puede ser solicitada por cualquiera que tenga interés (pecuniario) en ello, y no haya concurrido a su celebración sabiendo o debiendo saber el vicio que la afecta, y por la Fiscalía Judicial* en interés de la moral o la ley.³³ En atención al interés público involucrado, a diferencia de la nulidad relativa que también se sana por la confirmación del que puede solicitarla, la nulidad absoluta sólo se sana por el transcurso del tiempo superior a diez años.³⁴ Esto último significa que la acción para reclamar la nulidad absoluta de los actos jurídicos celebrados en contravención al artículo 13 de la LDI prescribe en 10 años desde su celebración.

30 Es un lugar común en los estudios del derecho que el Código Civil constituye el derecho común, esto es, aquel que regula todo aquello que no está regulado en una rama especial del derecho, y por ello sería también supletorio. Esto se apoyaría en el texto del artículo 4 del Código Civil, aunque parte de la doctrina no reconocería esta función supletoria del Código Civil (Otárola, 2012).

31 Art. 1.682 CC.

32 Énfasis añadido.

32 La Ley N.º 19.665 de 2001 modificó el Código Orgánico de Tribuales para adaptarlo al nuevo Código Procesal Penal, modificando el nombre del Ministerio Público (órgano auxiliar de la administración de justicia) por el de Fiscalía Judicial, para distinguirlo del órgano persecutor.

33 Jurisprudencia que aplica estas disposiciones ha sido revisada en BCN, 2019.

34 Art. 1.682 y 1684 CC.

2. Efectos de la prescripción de la acción civil de nulidad en la LDI

Conforme al Código Civil, “[l]a prescripción es un modo [...] de extinguir las acciones y derechos ajenos, por [...] no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.³⁵

De esta manera, la prescripción de la acción de nulidad absoluta implica un saneamiento del vicio que afectaba al acto jurídico en cuestión. En otras palabras, que el acto viciado se sanee con el tiempo significa que, transcurrido el plazo legal, ya no puede reclamarse su invalidez.

La contracara de esta prescripción extintiva es la prescripción adquisitiva. Esta es la que permite ganar el dominio (y otros derechos reales) de una cosa a través de su posesión ininterrumpida con las condiciones legales.³⁶ Así, por ejemplo, la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño no poseedor de la cosa contra el poseedor, no tiene tiempo de prescripción. Sin embargo, se extingue cuando dicho poseedor adquiere la cosa por prescripción.³⁷

Por su parte, la acción de nulidad absoluta sí tiene un tiempo de prescripción: diez años. Este coincide con el plazo más largo de prescripción adquisitiva establecido en el Código Civil, esto es, la prescripción extraordinaria, que favorece a quien posee de buena fe, aun sin título.³⁸ Aunque existen acciones con plazos de prescripción menores, la prescripción extraordinaria busca clausurar cualquier posible controversia cumplidos los diez años de posesión. De esta manera se asegura la certeza del sistema: siempre hay un dueño de la cosa, porque aun cuando quien la posea lo haga sin título o con un título injusto, la adquiere por prescripción con el transcurso del tiempo.

Las reglas de protección consagradas en la LDI son inconsistentes con este sistema. Por un lado, remiten (o parecen remitir) a las reglas de prescripción de la acción de nulidad absoluta.³⁹ Por otro, prohíben la adquisición por prescripción de la tierra indígena. Esto provoca situaciones de resolución incierta, como se muestra a continuación con un ejemplo.

Un predio indígena es vendido por su dueño a un tercero no indígena. El título es inscrito en el Conservador de Bienes Raíces.⁴⁰ Transcurrido los 10 años, los herederos del vendedor buscan

35 Art. 2.492 CC.

36 Art. 2.498 CC.

37 Art 2.517 CC.

38 Art. 2.510 CC.

39 Otárola (2012:104) plantea que en aquellos casos en que el derecho especial opera con una lógica distinta a al derecho general, pues “se han consolidado en microsistemas, creando en el sector una nueva lógica distinta y única”, este no podría operar en forma supletoria. Bien podría defenderse la idea de que la LDI constituye uno de estos microsistemas, donde la imprescriptibilidad de la acción de nulidad es la forma de llenar el vacío regulativo en la materia.

40 Aquí cabe tener presente que existe una controversia significativa relativa al alcance de las facultades del CBR en relación con la inscripción de tierras indígenas a nombre de terceros. El artículo 13 de su Reglamento establece que debe negar la inscripción de títulos que sean “en algún sentido legalmente inadmisibles” cuando sea visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente. Si el CBR se niega a inscribir, el afectado lleva la cuestión a tribunales civiles, que tienden a ordenar la inscripción, pues entiende que el CBR puede negarse a inscribir frente a vicios de nulidad aparentes en el título mismo, sin que quede autorizado a estudiar sus antecedentes. Como el propietario indígena es el interesado en la venta, estos casos no llegan a juicios de lato conocimiento (BCN, 2019).

recuperar la tierra.⁴¹ No pueden intentar la acción de nulidad de la compraventa, pues esta está prescrita. Podrían intentar la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño no poseedor de una cosa, contra el poseedor no dueño.⁴² Sin embargo, el resultado sería incierto, pues en el sistema chileno la prueba de la propiedad está íntimamente vinculada a la prueba de la posesión, la que a su vez depende de la inscripción registral. Por esto, los reclamantes deberían intentar dejar sin efecto la inscripción vigente a nombre del comprador. Para ello sería necesario *atacar* el título, en este caso la compraventa, el cual está saneado por el transcurso del tiempo.

Este resultado puede ser problemático no solo porque provoca incertidumbre, en tanto no queda claro quien es el dueño del predio aun después de transcurridos 10 años de celebrado el acto jurídico viciado. También lo es desde el punto de vista de los objetivos de la LDI, que invoca el interés nacional para proteger las tierras indígenas. En este caso, la prescripción de la acción de nulidad podría considerarse como discordante con el mandato legal de preservación y ampliación del patrimonio territorial indígena. Esto es especialmente cierto si se entiende que la LDI consagra un estatuto real de protección, o sea, que lo que protege es un conjunto determinado o determinable de tierras que constituyen el patrimonio territorial indígena, y no la protección de las personas indígenas.⁴³

Existen otros problemas que emanan de la aplicación de la prescripción de la acción de nulidad del Código Civil a los actos jurídicos regulados en la LDI. Por ejemplo, como ha señalado la Corte Suprema, el legislador ha mirado "con sospecha" los arrendamientos de tierra indígena, porque en el pasado fueron utilizados para eludir las prohibiciones legales, típicamente, a través de arrendamientos a noventa y nueve años.⁴⁴ Esto explica la prohibición de arrendar tierra indígena comunitaria, su limitación a 5 años en el caso de las tierras individuales y el mandato dirigido al Ejecutivo para realizar un estudio sobre los contratos de arrendamiento suscritos con plazos superiores a 10 años durante la vigencia de la legislación anterior.⁴⁵

41 Se usa la figura del heredero, porque de acuerdo a las reglas del CC, quien celebra el acto nulo a sabiendas del vicio que lo afecta o debiendo saberlo, no puede alegar la nulidad. Existe jurisprudencia constante que señala que este "conocimiento" no se transmite a los herederos, por lo que la sucesión sí puede alegar la nulidad (cfr. Corte Suprema, rol 7168-2017:c. 2 [sentencia de reemplazo]).

42 Art. 889 CC.

43 Sobre la diferencia entre ambos entendimientos del sentido de la protección de las tierras en la LDI y sus fundamentos, ver BCN, 2019.

44 CS, rol 89.636 - 2016: c. 6°. La figura de arrendamiento a 99 años se utilizó profusamente para sortear la moratoria de 20 años que establecieron los Decretos Leyes N.º 2.568 y N.º 2.750 que modificaron la Ley 17.729 de 1972 para la enajenación de las hijuelas resultantes de la liquidación de las comunidades indígenas. Existen sentencias que se inclinan por afirmar la validez de estos contratos, apoyándose en la irretroactividad de la ley. De esta manera, el contrato estaría regulado por la ley 17.729 y sus modificaciones, de manera que el arrendamiento a 99 años sería perfectamente legal (Corte Suprema, rol 192-2005; en el mismo sentido, CS rol 4722-00; Corte de Apelaciones de Temuco rol 165-2012). Recientemente, la Corte ha adoptado el criterio contrario, apoyándose en que estos contratos se habrían realizado en fraude a la ley vigente al momento en que se celebraron (que prohibía la enajenación durante 20 años), y en atención al interés nacional en la preservación de las tierras indígenas manifestado por el legislador (CS 23.194-2018).

45 El artículo 14 transitorio de la LDI señala a este respecto: "La Corporación, dentro del plazo de un año contado desde la vigencia de esta ley, deberá entregar al Ministerio de Justicia un estudio acerca de los contratos de arrendamiento actualmente vigentes, suscritos por un plazo superior a 10 años, referidos a hijuelas provenientes de la división de reservas indígenas constituidas en el decreto ley N.º 4.111, de 1931, y la ley N.º 17.729, de 1972, y sus posteriores modificaciones, con el objeto de determinar si ha existido o no

Piénsese en un arriendo prohibido celebrado bajo la vigencia de la LDI que exceda con largueza los 5 años que permite la ley, por ejemplo, 99 años. Si los sucesores del arrendador original quisieran recuperar el predio diez años después, no podrían intentar la nulidad, porque estaría prescrita. Si intentan, por ejemplo, una acción de precario, que es la que tiene el dueño contra el mero tenedor de una cosa, el arrendatario podría oponer su contrato saneado para evitar ser obligado a restituir el inmueble.⁴⁶ Aquí también el resultado de la acción es incierto, debido a la prescripción de la acción de nulidad, lo que parece contraponerse con la intención del legislador de evitar arrendamientos de larga duración, precisamente porque se trata de una fórmula para eludir las prohibiciones y regulaciones contempladas en la ley.

3. La propuesta de imprescriptibilidad de la acción

Como se ha señalado, el proyecto propone incorporar en el Código Civil la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta originada en la infracción de las normas sobre regulación de actos jurídicos recaídos sobre tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253.

En primer lugar, cabe señalar que esta forma de protección de aquellas no es ajena a la legislación chilena. En efecto, la Ley N° 17.729 de 1972, antes de las modificaciones que se le hicieron a través de decretos leyes en 1979, contemplaba la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos y contratos celebrados en contravención de los requisitos de validez que la ley establecía.⁴⁷

En segundo lugar, tal como lo señalan los autores del proyecto, buscaría evitar la pérdida de patrimonio territorial indígena, a través de un reforzamiento de la acción de nulidad absoluta del artículo 13 de la LDI.⁴⁸

A continuación, se revisa el eventual alcance de la disposición propuesta.

simulación.” Esta cuestión no ha pasado desapercibida en tribunales (Cfr. CS 23.194-2018)

46 Existen sentencias recientes de la Corte Suprema en este sentido (BCN, 2019).

47 Cfr. art. 12 Ley 17.729. Esta ley fue casi íntegramente sustituida por el Decreto Ley N.º 2.568 y N.º 2.750 de 1979, que no contemplaban la imprescriptibilidad. En efecto, sus considerandos identificaban la “propiedad indígena” como “fuente de numerosos problemas” que obstaculizaban el progreso de la población indígena y por lo mismo, estableció mecanismos para desafectar dichas tierras.

48 Así lo señalan explícitamente los autores en los fundamentos del proyecto: “Como se ve, existe evidencia de que la autorización para enajenar tierras indígenas fue un factor relevante en la pérdida territorial que ha afectado al pueblo mapuche y a los demás pueblos indígenas reconocidos en la ley. Dichas autorizaciones son entonces a priori una contradicción frontal de los principios de protección y ampliación de las tierras y el territorio indígena.

La idea matriz del proyecto es reforzar la acción de nulidad absoluta de los actos realizados en contravención a las normas de protección de la ley indígena, dándole el carácter de IMPRESCRIPTIBILIDAD a la acción para anular dichos actos y contratos, no limitándolas al plazo de 10 años que establece en la actualidad el Artículo 1.683 del Código Civil Chileno.” (Moción Parlamentaria, 2019:5-6).

3.1. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad en el tiempo

El proyecto establece que la nulidad que se origina en el incumplimiento de la normas de protección de las tierras indígenas establecidas en la Ley N° 19.253 “será imprescriptible”. No cabe duda que esta disposición resultaría plenamente aplicable a los actos jurídicos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Así, por ejemplo, si se celebrase un contrato de arrendamiento de tierra indígena a 99 años entre un indígena y un tercero no indígena, los sucesores del arrendador podrían alegar la nulidad en cualquier momento, sin que dicha acción prescriba.

Esta misma cuestión sería más compleja respecto de contratos celebrados con anterioridad a la eventual entrada en vigor de la reforma, pues debe considerarse el efecto de la ley en el tiempo y los derechos adquiridos, con sus implicaciones legales y constitucionales.

Actos jurídicos celebrados bajo la LDI antes de la declaración de imprescriptibilidad de la nulidad

Una primera situación sería la de un acto jurídico prohibido celebrado bajo la vigencia de la LDI, pero antes de la entrada en vigor de la eventual reforma, y respecto del cual han transcurrido más de diez años de su celebración.

Aquí cabe hacer una primera distinción. Si existe una sentencia firme que establece la prescripción de la acción de nulidad, podrían haber obstáculos constitucionales para la aplicación retroactiva de la norma de imprescriptibilidad. En particular la disposición contenida en el artículo 76 constitucional que prohíbe al poder Ejecutivo y al Legislativo “hacer revivir procesos fenecidos”. En efecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que esta consagra la cosa juzgada como una garantía constitucional frente a la actividad de colegisladora del Ejecutivo y el Legislativo.⁴⁹

En segundo lugar, están los casos en que no existe una sentencia definitiva, sea porque no han sido sometido al conocimiento de tribunales, o fuere porque en estos aun no existe una sentencia firme.⁵⁰ Aquí es necesario determinar los efectos de la declaración de imprescriptibilidad.

En primer lugar, cabe tener presente que conforme a las reglas generales, la prescripción de derechos no opera de pleno derecho, sino que debe ser alegada en juicio, no pudiendo el juez declararla de oficio.⁵¹ Esto es relevante, porque parece indicar que mientras no exista la declaración judicial, aquel que podría ser favorecido por la declaración de prescripción no tendría un derecho adquirido respecto de dicha declaración, sino solo una mera expectativa. Ahora bien, una cosa distinta es determinar si las leyes aplicables al contrato al momento de su declaración, y en particular las que regulan la prescripción de la acción de nulidad, subsisten a la vigencia de dichas leyes o no.

49 STC 2690 y STC 3385.

50 El propio TC ha señalado que mientras el proceso judicial se encuentre pendiente, los legisladores pueden adoptar nueva legislación dirigida a “ampliar atribuciones y facultades a las partes de un proceso y al órgano competente para resolverlo” (STC 15:cc 8-10)

51 Art. 2.493 CC.

En este sentido, la Ley de Efecto Retroactivo de la Ley de 1861 (LERL), establece que en los contratos se entiende incorporada la ley vigente al tiempo de su celebración.⁵² Esto parece indicar que la regla de prescripción en diez años sería parte del contrato.

Por otra parte, la misma norma establece disposiciones específicas para la prescripción. Su artículo 25 señala que aquella iniciada bajo la ley antigua que no estuviere completada al momento de entrar en vigor la nueva ley, se regirá por la que prefiera el *prescribiente*, esto es, aquel que se beneficiaría por la misma. El artículo siguiente, señala que si la nueva ley declara la imprescriptibilidad, no podría ganarse la prescripción bajo la nueva. Si bien esta se refiere a la prescripción adquisitiva, esto es, la que permite hacerse dueño de una cosa, y no la extintiva, que es la que extingue derechos y acciones, bien podría aplicarse por analogía, en el sentido de que el *prescribiente* no podría favorecerse con la prescripción iniciada durante la vigencia de una ley que la permitía, cuando la ley actual la prohíbe.

En cualquier caso, la complejidad de estas materias podría suponer la conveniencia de que el legislador considere la posibilidad de discutir explícitamente la cuestión del efecto de la declaración de imprescriptibilidad en los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.

Actos jurídicos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor la LDI

Una segunda cuestión que cabe examinar, es la de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LDI. Aquí la cuestión es distinta, por cuanto bajo el marco regulativo de los Decretos Leyes N.º 2.568 y N.º 2.750 de 1979 las hijuelas resultantes de la liquidación de las reservas indígenas dejaban de ser tierras indígenas.⁵³ Estas podían ser objeto de cualquier acto jurídico, sin perjuicio de la prohibición de enajenación por veinte años contados desde la inscripción de la misma en el Conservador de Bienes Raíces.⁵⁴ De hecho, como se señaló, bajo este entramado jurídico proliferaron los arrendamientos a 99 años como fórmula de obviar dicha prohibición temporal de enajenación.⁵⁵

De esta manera, los actos transfirieron legalmente el dominio bajo la normativa vigente al momento en que se realizaron, podrían haber generado derechos adquiridos, protegidos por la ley y la garantía constitucional de propiedad.⁵⁶

En cuanto a los contratos que no transfieren el dominio ni otros derechos reales, como el arrendamiento o el comodato, la pregunta aquí también es cual es la norma aplicable, la que estaba vigente al momento del contrato o la que está vigente al solicitar su terminación. La respuesta es similar al caso de los contratos celebrados bajo la vigencia de la LDI. Sin embargo, en la práctica, la cuestión ha sido planteada en diversas ocasiones ante los tribunales de justicia, aunque la discusión no ha sido en torno a la cuestión de la prescripción de la acción de nulidad, pues lo solicitado ha sido la

52 Art. 22 LERL.

53 Art. 1 DL N.º 2.568.

54 Art. 26 DL N.º 2.568.

55 Aylwin, 2002; Boccara y Seguel-Boccara, 1999.

56 Cfr. art. 12 LERL y art. 19 N.º 24 CPR.

terminación del contrato de arrendamiento. En el último tiempo se ha ido asentando una jurisprudencia favorable al reclamante indígena.⁵⁷

3.2. Ubicación de la norma

El proyecto propone intervenir el Código Civil. En particular el artículo 1.683 que establece los casos en que puede ser declarada de oficio, quién puede solicitarla y su plazo de prescripción. Esto último explica la opción de los autores por incorporar la imprescriptibilidad en un segundo inciso en dicho artículo.

Ahora bien, cabe tener presente que el 1.683 resulta aplicable a la nulidad absoluta establecida en la LDI precisamente porque dicha normativa no contiene una regulación especial en la materia, por consiguiente, se aplica la norma general en carácter de supletoria. De ahí que podría ser más apropiado incorporar la cláusula de imprescriptibilidad en la ley especial en cuyo ámbito de aplicación operaría, en vez de incluir una disposición especial en una regla de aplicación general. Además, esto permitiría que la disposición siga la suerte de la LDI.⁵⁸ En efecto, esa es la técnica que utilizó el legislador al establecer la imprescriptibilidad en la Ley N° 17.729 de 1972.

57 Esta considera que tales contratos constituyen una fórmula para evadir la ley vigente al momento de celebrarlos, que prohibía durante 20 años la enajenación, pues el arrendamiento a 99 años se parecería más a una venta que a un arriendo. Además, la normativa actual los prohibiría, y por tratarse de un fraude a la ley, procedería la terminación del arrendamiento. En una sentencia de marzo de 2020, la Corte Suprema ha aludido a esta tendencia jurisprudencial: “Quinto:[...] la materia de fondo debatida en autos ha sido conocida por este tribunal en no pocas ocasiones, en que se ha reclamado su intervención en controversias surgidas a propósito de contratos de arrendamiento de tierras indígenas celebrados al amparo de la ley 17.729 por un plazo de noventa y nueve años, o por veinte años (límite a partir del cual estaba autorizada la enajenación) con cláusula de promesa de compraventa al vencimiento de dicho plazo, sea porque se demandaba el cumplimiento de la promesa por el arrendatario, o porque el arrendador solicitaba dejar sin efecto una determinada cesión realizada por el arrendatario, entre otras (C.S., roles N ° 5561-2008, 1903-2009, y más recientemente 89.636-16). En todas ellas – con los matices de cada caso – la doctrina asentada por la Corte ha hecho prevalecer el nuevo estatuto legal contenido en la ley 19.253, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena” (23.194-2018)

58 Por ejemplo, si la LDI es derogada y/o sustituida por otro cuerpo legal, no sería necesario modificar nuevamente en el Código Civil.

Bibliografía

- Aylwin, José. (2002). Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una perceptiva histórico jurídica. [doc]. Temuco: Universidad de la Frontera. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6f8> (agosto, 2020)
- (2019). Estatuto de las tierras indígenas [diapositivas presentación ante la Comisión investigadora de las actuaciones de órganos estatales en la adquisición de tierras indígenas].
- Aylwin, José y Nancy Yáñez. (2013). Ley 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom ediciones, pp.158-191.
- BCN. (2019). Estatuto jurídico de las tierras mapuche en Chile. Análisis legal. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2f29u> (julio, 2020).
- Bengoa, José. (2017). Prefacio de José Bengoa. En Mylène Valenzuela y Sergio Oliva. (2018). *Recopilación de legislación indígena 1813-2017*. Tomo I. Santiago: Librotecnia, pp. 7-20.
- (2020). Los pueblos indígenas y tribales en Chile. Una introducción al tratamiento jurídico de la cuestión indígena. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G.
- (2019a). Oficio N° 280 de 25 de marzo de 2019. [De Fiscal (s) CONADI a Jefe Gabinete Subsecretaría del Interior]. En Ord. N° 9679 del 01 de abril de 2019 [De Subsecretario del Interior a Abogado Secretario de la Comisión].
- Boccaro, Guillaume y Seguel-Boccaro, Ingrid. (1999). Políticas indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo (el caso mapuche). *Revista de Indias*, 1999, 59(217): 741-774.
- Carmona, Cristobal. (2019a). Tierras indígenas, adjudicación y desafectación: análisis crítico del informe CONADI [pdf]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=177090&prmtipo=documentocomision> (septiembre, 2019).
- (2019b). ¿La adjudicación como forma de “desafectar” tierra indígena? Un breve análisis a la legalidad de la compra de tierras del subsecretario Ubilla en territorio mapuche. *El Mercurio Legal*, 21/03/2019 [en línea]. Disponible en: <http://bcn.cl/2bhva> (septiembre, 2019).
- Lopez, Jaime. (1999). Las Tierras Indígenas en la Ley 19.253. CUHSO, volumen especial, 8-35.
- Meza-Lopehandía, Matías. (2013). El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom, pp. 441-521.
- Moción Parlamentaria. (2019). Modifica el Código Civil para establecer la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos celebrados en contravención de las normas que protegen las tierras indígenas [Boletín N°12457-17-]. Disponible en: https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=12988&tipo doc=mensaje_mocion (julio, 2020).

Morales Marileo, Álvaro. (2018). Clasificación de las tierras indígenas; problemas y desafíos actuales. *Revista de Derecho Inmobiliario*, 2 (1):759-613.

OIT. (s.f.) . Ratificaciones por convenio. [html] Disponible en: <http://bcn.cl/2esbd> (julio, 2020).

Otárola, Yasna. (2012). La función supletoria de las normas de derecho civil. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 3(2):89-108.

Rodríguez, María S. (2019a). 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. Disponible en: <http://bcn.cl/2f59l> (agosto, 2020).

— (2019b). Validez de la venta y enajenación de “tierras indígenas” desafectadas por adjudicación a mujer no indígena en liquidación de sociedad conyugal que tuvo con marido indígena. *El Mercurio Legal*, 13/03/2019 [en línea]. Disponible en: <http://bcn.cl/2f59m> (agosto, 2020).

Uribe, Ivan. (1994). Legislación sobre Tierras Indígenas.

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)