

Santiago, diecisiete de agosto de dos mil veintidós.

Visto:

Ante el Juzgado de Letras y Garantía de Pucón, en autos Rol N° 162-2019, por sentencia de veintiuno de enero de dos mil veinte, se rechazó la demanda de nulidad absoluta interpuesta por don Gabriel Osorio Vargas, en representación de las personas que indica, en contra de don Rodrigo Ubilla Mackenney, doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo y de la Sociedad de Inversiones Quetroleufu Limitada; se desestimó la demanda de declaración de oficio de nulidad absoluta; y se acogió la petición subsidiaria ordenando la remisión de los antecedentes al Ministerio Público Judicial y a la Corte de Apelaciones de Temuco para los fines previstos en el artículo 1683 del Código Civil.

Conociendo de los recursos de apelación deducidos por ambas partes, una de las salas de la Corte de Apelaciones Temuco, por decisión de tres de marzo de dos mil veintiuno, la revocó sólo en cuanto acogió la petición subsidiaria, y en su lugar, desestimó lo solicitado en el segundo otrosí de la demanda.

En contra de esta última resolución la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando su invalidación y la consecuente dictación de la de reemplazo que describe.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la parte recurrente acusa la vulneración del artículo 1683 del Código Civil en relación con el artículo 13 de la Ley N° 19.263.

Sostiene que al eliminar los considerandos 12° a 14° del fallo de primer grado, en los que se concluyó que los lotes objeto del litigio tenían el carácter de indígenas, la sentencia impugnada *"hace suya la equivocada y parcial lectura que la defensa efectúa del artículo 1683 del Código Civil al considerar que, siendo desechada la legitimación de*



los demandantes, el juez a quo no puede examinar la validez de los actos jurídicos objeto del litigio".

Indica que la norma en comento "prescribe que la nulidad puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando el vicio de nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato. Es decir, el juez puede y debe analizar la validez y licitud de los actos o contratos, aun cuando se descarte la calidad de interesada de la parte demandante, en la medida que el vicio esté de manifiesto".

Afirma que es "un hecho pacífico en la causa que los actos jurídicos o contratos cuya declaración de nulidad se solicita recayeron sobre tierras indígenas, es decir, que se produjo una contravención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.253. Es decir, procedía en derecho la declaración de nulidad de manera oficiosa, con prescindencia de la calidad de interesada de la demandante, ya que el vicio de nulidad se encontraba de manifiesto".

Asegura que la sentencia impugnada no controvierte la calidad de tierras indígenas de los lotes objeto de la litis, sólo cuestionó que los vicios aparecieran de manifiesto.

Termina señalando la forma en que las infracciones denunciadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y solicita que se acoja el recurso de casación en el fondo y se dicte sentencia de reemplazo que haga lugar a la demanda de nulidad absoluta oficiosa, con costas.

Segundo: Que la sentencia estableció como hechos de la causa, en lo que interesa al recurso, los siguientes:

1°.- Por compraventa de 2 de noviembre de 2009, doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo vendió, cedió y transfirió a don Rodrigo Ubilla Mackenney, los lotes números 12, 14 y 16;

2°.- Por escritura pública de 17 de mayo de 2014, don Rodrigo Ubilla Mackenney aportó a la Sociedad de Inversiones Quetroleufu Limitada, los lotes números 12 y 14;

3°.- Por compraventa de 14 de septiembre de 2012, doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo vendió, cedió y transfirió



a don Rodrigo Ubilla Mackenney el lote número 17 B, quien posteriormente lo fusionó con el lote número 16, pasando a denominarse lote 16 A;

4°.- Los demandantes no invocaron ni pretendieron acreditar ningún interés de orden pecuniario en la solicitud de nulidad absoluta de los actos y contratos referidos;

5°.- Los actores no poseen ningún derecho actual sobre la propiedad en que recaen los actos jurídicos objeto de la litis, ni tampoco les corresponde algún derecho hereditario sobre ella;

6°.- No se estableció la calidad de indígena de las propiedades en disputa.

Tercero: Que la magistratura concluyó, en lo pertinente a la demanda de nulidad absoluta intentada de manera principal, que correspondía ser desestimada, teniendo en consideración que *"al celebrarse los actos y contratos entre los demandados de marras, cuya invalidez se pretende, los actores no han sufrido ninguna lesión a sus patrimonios, puesto que sobre dichas propiedades, a saber, los mentados lotes 12, 14, 16 y 17-B que posteriormente se fusiona el lote 16, pasando a denominarse lote 16-A, no tienen derecho alguno que pudiere serle transgredido o privado; en consecuencia, el interés que la parte demandante atisba no es real ni tampoco actual, dado que se funda en una mera expectativa de ser procedente una eventual legitimación para que se declare la invalidez de los mentados negocios, lo que por cierto requiere de una declaración judicial en tal sentido"*, agregando que *"los demandantes no alegaron ni probaron la existencia de un interés patrimonial que además fuese real y actual, lo que queda de manifiesto desde el momento que la declaración de nulidad de los actos referidos en la demanda, no conllevaría ningún incremento en sus patrimonios, siendo procedente acoger la alegación de falta de legitimación activa esgrimida por los demandados"*.

Por su parte, y en relación con la solicitud de declaración de nulidad absoluta oficiosa, el tribunal



concluyó que también procedía ser desechada, atendido que "no es posible de la sola lectura de los instrumentos que contienen las dos compraventas y el aporte a la sociedad, impugnados, sin más, que el objeto de todos y cada uno de dichos negocios y acto jurídico recaiga sobre inmuebles que revisten la calidad de indígenas. Lo anterior por cuanto a dicha conclusión necesariamente se llega considerando las pruebas allegadas a este juicio y el estudio de la historia de la propiedad raíz respecto de cada lote involucrado en las operaciones, especialmente conforme al mérito de los documentos rendidos en esta causa, no objetados", agregando que "examinados los contratos de compraventa y de constitución de la sociedad acompañados al proceso, no resulta posible determinar, de su solo examen, la existencia de un vicio de nulidad absoluta, por objeto ilícito, por haberse vulnerado el artículo 13 de la Ley Indígena, que conforme se ha referido en el considerando precedente, no permita enajenar tierras indígenas, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, desde el momento que a partir de los antecedentes que constan en dichos actos, no se puede establecer que los denominados lotes 12, 14, 16 y 17 B, que doña Guadalupe Moris Gajardo vendió a don Rodrigo Ubilla Mackenney, son tierras indígenas de conformidad con lo que preceptúa el artículo 12 de la misma Ley, siendo necesario, en consecuencia, efectuar el examen de otros antecedentes, en especial relativos a los antecesores en el dominio de quien figura como vendedora, para poder establecer dicha circunstancia, lo que conllevaría el despliegue de una actividad que no se condice con las exigencias impuestas por el legislador para la declaración de oficio de la nulidad absoluta que mandata el artículo 1683 del Código Civil", concluyendo que "no resulta posible establecer la existencia de un vicio de nulidad, a partir del solo examen de los contratos impugnados, al no aparecer éste de manera evidente, patente y clara, lo que impide efectuar la declaración de nulidad absoluta de los mismos de manera oficiosa".



Por último, respecto de la solicitud de remitir los antecedentes al Ministerio Público Judicial para los fines previstos en el artículo 1683 del Código Civil, la magistratura lo desestimó, teniendo en consideración que *"lo peticionado por los actores, en el segundo otrosí del escrito en el cual se dedujo la demanda de autos que se viene analizando, no constituye el ejercicio de una acción que contenga una pretensión, y así lo entendió el Tribunal A Quo, en tanto, al resolver el escrito antes aludido, la providencia que recayó sobre tal solicitud fue: "Se resolverá, en su oportunidad", conforme consta a folio 3 de la carpeta digital de primera instancia, no confiriéndose traslado a la contraria, de modo tal que, al no formar parte de la litis, no resulta procedente, resolver la petición de oficiar al Ministerio Público, actual Fiscalía Judicial, en la forma que lo hace el Tribunal A Quo"*.

Cuarto: Que, en el análisis de los vicios denunciados, cabe tener presente que el recurso de casación en el fondo, según lo dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, procede en contra de sentencias que se hayan pronunciado con infracción de ley y que haya influido substancialmente en su parte dispositiva. Por su parte, para que un error de derecho afecte esencialmente en lo resolutivo de una sentencia, como lo exige la ley, debe consistir en una equivocada aplicación, interpretación o falta de aplicación de aquellas normas destinadas a decidir la cuestión controvertida.

Quinto: Que, como se aprecia de los términos en que se construye el recurso de casación en el fondo, aparece estructurado al margen y, en cierta forma, en contra de los hechos establecidos en la causa, los que evidentemente se intentan alterar para los efectos de obtener una decisión diversa, esto es, el acogimiento de la demanda de declaración de nulidad absoluta de los actos u contratos que refiere. En efecto, del tenor del arbitrio que en síntesis se ha reseñado en el motivo primero de esta resolución, se desprende que los



errores de derecho denunciados se sustentan en que se habría rechazado la demanda de declaración de nulidad absoluta de oficio, no obstante haberse asentado la calidad de indígena de las tierras en disputa, sin embargo, desconoce que tal hecho no se tuvo por establecido. Por su parte, los errores de derecho se hacen consistir, básicamente, en que la magistratura habría desestimado su pretensión por estimar que la falta de legitimación activa le impedía analizar la existencia del vicio alegado, en circunstancias que lo que decidió el tribunal en relación con la declaración oficiosa de la nulidad absoluta, era que el vicio alegado -objeto ilícito, no aparecía de manifiesto en los actos y contratos, y, por ende, no se daba el presupuesto del artículo 1683 del Código Civil.

Sexto: Que este tribunal ha señalado con anterioridad que los hechos asentados por la judicatura del fondo son inamovibles, a menos que el recurrente haya denunciado de modo eficiente infracción a las normas reguladoras de la prueba pertinentes, lo que no ocurre en la especie, toda vez que no fueron invocadas, de modo que no resulta posible decidir en sentido contrario. Es necesario tener presente que el objeto del recurso de casación en el fondo se circunscribe a la revisión y análisis de la legalidad de la sentencia, es decir, a la correcta aplicación del derecho, sobre la base de los hechos tal y como soberanamente los han dado por probados la magistratura del grado en uso de las facultades que son de su exclusiva competencia.

Séptimo: Que, en consecuencia, resultando inamovibles los hechos asentados por el tribunal del fondo, carece de sustento la denuncia de contravención a las restantes disposiciones legales que se invocan.

Octavo: Que, en concordancia con lo expuesto, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 770, 771, 772, y 783 del



Código de Procedimiento Civil, **se rechaza el recurso de casación en el fondo**, deducido por la parte demandante en contra de la sentencia de tres de marzo de dos mil veintiuno, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Blanco, quien fue de opinión de acoger el recurso de casación en el fondo y dictar sentencia de reemplazo que haga lugar a la demanda en cuanto a declarar de oficio la nulidad de los actos y contratos referidos, teniendo en consideración las siguientes argumentaciones:

1°.- Que a este Ministro disidente le parece conveniente y oportuno dejar establecido en este estadio, a modo de observación o advertencia *initium*, que el contenido del voto particular que se emite a continuación, aunque ciertos fundamentos hacen referencia a cuestiones de orden teórico que se han vertido sobre este tópico -evidentemente con atingencia a lo pragmático que trata esta causa- únicamente está destinado a intentar resolver con mayores y mejores antecedentes la controversia particular ventilada en este litigio y específicamente guarda estrecho vínculo con la problemática atingente al predio en disputa en este proceso, y aún más tratándose solo de una disidencia, sus conclusiones deben estar circunscritas a esa órbita competencial y no deberían ser extrapoladas a conflictos de orden general que surjan sobre esta materia, ello en concordancia con el ordenamiento jurídico que contempla expresamente el principio del efecto relativo de las sentencias, puesto que tratándose incluso del fallo, éste sólo es obligatorio respecto del caso concreto en que se pronuncia y, por ende, no constituye lo que se denomina un precedente, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 3 del Código Civil.

Precisado lo anterior, se razona lo siguiente:

2°.- Que para abordar la controversia jurídica que se plantea en esta causa, y en particular, aquella materia específica que dice relación con el cambio o mutación de titularidad de una propiedad indígena ancestral indisponible,



a una de naturaleza desafectada de esa condición, cuyos actuales poseedores inscritos y que gozan de su dominio son personas que no tienen la calidad de miembros de un grupo originario, al autor de este voto disidente le parece apropiado, para intentar una posible solución al conflicto suscitado, *prima facie* analizar la normativa interna vigente sobre el tema, y luego, complementarla con diversos estudios doctrinales ligados a dictámenes de organismos internacionales y a criterios jurisprudenciales desde los cuales se pueden construir algunos paradigmas de razonamiento jurídico interpretativo, y de ese punto efectuar un análisis teórico y su contraste pragmático, con el objeto de centrar el foco de la discusión y del ejercicio de ponderación de sus derivadas, estructurar un método exegético eficiente para la resolución de la contienda de autos, pues la labor hermenéutica suele ser compleja.

3°.- Que para este Ministro Ponente, la intelección preceptiva, el escudriñar y desentrañar las disposiciones legales pertinentes debe hacerse en conexión con la finalidad objetiva del precepto, teniendo siempre presente el fin último buscado por el legislador al momento de dictar la norma, y por ende es forzoso que mediante un proceso intelectual quede al descubierto el propósito real que animó al autor de la ley a decretarla, *stricto sensu* debe realizarse con criterio interpretativo finalista, a través de un método teleológico de exégesis normativa.

4°.- Que, en ejercicio de su potestad el Estado de Chile en el año 1993 dictó la ley N° 19.253 que estableció normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. En dicho cuerpo legal, en su artículo 1° se señala que "El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado



reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: Mapuche, Aimará, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameña, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yamana o Yagan de los canales

australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación".

Enseguida, en el título que se refiere a la Protección de las Tierras Indígenas, indica en su artículo 12° "Son tierras indígenas: 1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: 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".

Luego, el artículo 13 establece que **"Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.** No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia. Igualmente las tierras cuyos titulares sean Comunidades Indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración. Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se



podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras. **Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta**".

5°.- Que, en el campo internacional, el derecho a la propiedad bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos posee una importancia singular para los pueblos indígenas y tribales, porque se erige como una garantía de acceso a la titularidad de la propiedad territorial que es esencial para su existencia como pueblo autóctono, también para el desarrollo de su cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas que, además, incluye el uso y disfrute de sus derechos naturales.

Por eso una de las aspiraciones más sentidas de los pueblos originarios de toda América la constituye la idea-fuerza de que el Estado les pueda garantizar en forma efectiva el derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así no sólo realizar sus actividades tradicionales de subsistencia, sino también preservar su identidad cultural.

6°.- Que, en el plano exegético normativo ya esbozado precedentemente, se debe enfatizar que el derecho de propiedad que poseen los pueblos originarios sobre sus tierras y que conforman el territorio indígena, es un pilar fundamental de su existencia como pueblo, por ello es parte integrante y relevante del *corpus iuris* de los derechos humanos, prerrogativas a las cuales busca dar protección la comunidad internacional a través de diversos mecanismos legales y supralegales.

Es así, que el adecuado ejercicio de esos dispositivos se endereza con el fin de dar amparo en sus derechos a los indígenas como individuos y también como integrantes de una colectividad.

En dicho entorno, los instrumentos internacionales que se refieren o se reconducen a este tema son diversos, entre



ellos se pueden citar, El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, La Convención Americana de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, El Convenio sobre la Diversidad Biológica, La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 263 al 28, La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 174 y La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

7°.- Que respecto de la materia convocante en estos autos, es importante en este acápite recalcar que para la CIDH el Convenio 169 de la OIT, es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas, por ende es directamente pertinente para la interpretación del alcance de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, en particular bajo la Declaración Americana, vale decir, las disposiciones del Convenio 169 de la OIT son un factor relevante al interpretar las normas interamericanas de derechos humanos en relación con peticiones presentadas contra todos los Estados miembros de la OEA. En torno a este punto específico, los órganos de protección de la OIT han estatuido que "los derechos sobre las tierras ocupadas tradicionalmente no tienden solamente a preservar la propiedad y posesión sino también la propia sobrevivencia de los pueblos indígenas como tales y su continuidad histórica". Y que "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". La posesión tradicional de los territorios ancestrales tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio emitido por el Estado, y otorga a los pueblos



indígenas y tribales el derecho al reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. También la Corte Interamericana ha explicado que "como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Al mismo tiempo, debe ponerse énfasis en que la posesión de los territorios ancestrales no es un requisito que condicione la existencia, reconocimiento o restauración del derecho a la propiedad de un pueblo indígena o tribal; en efecto, los pueblos o comunidades indígenas que han perdido la posesión de sus territorios en forma total o parcial mantienen sus derechos plenos de propiedad sobre los mismos, y tienen derecho a reivindicar y obtener su restitución efectiva".

En esa misma dirección, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo 25 indica que "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras".

8°.- Que dentro de esa misma línea argumental, cabe poner de relieve que en las tierras ancestrales indígenas, la falta de demarcación y titulación de esos territorios obstaculiza su uso y disfrute, incluidos los recursos naturales que forman parte de ese bien, tal es así, que la comunidad originaria queda en una precaria situación de vulnerabilidad, ergo su recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de esas tierras importan derechos fundamentales para la integridad comunitaria y su preservación cultural. En este aspecto, la CIDH ha expresado que en el escenario descrito, el Estado debe abstenerse de todo acto que pueda dar lugar a que funcionarios estatales o particulares, éstos últimos con tolerancia del ente público,



afecten la existencia, el valor, el uso o goce de los bienes ubicados en la zona ocupada y usada por el pueblo originario, vale decir, que como parte del derecho a la propiedad bajo la seguridad jurídica que proporcionan los instrumentos interamericanos de derechos humanos, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la posesión, al uso, a la ocupación y a la de sus territorios ancestrales, así como el reconocimiento por los Estados de sus derechos permanentes e inalienables de uso, y a su respecto, el ente estatal tiene una obligación correlativa de prevenir y de impedir la usurpación de tierras indígenas por terceros ajenos a la comunidad y de volver a ubicar a aquellos ocupantes no indígenas asentados en el lugar.

9°.- Que, resulta evidente a la luz de lo analizado, que una de las permanentes fuentes de conflicto en este campo se produce cuando los indígenas singularmente considerados, o en comunidad, han perdido la posesión de las tierras a manos de terceros no indígenas, ya sea por ocupación de colonos o de otorgamientos de tierras a individuos por parte del Estado, sin consideración a quienes lo han habitado desde tiempos remotos, lo que conduce inevitablemente a la conclusión de que los particulares que no tienen título de propiedad, ni son poseedores de buena fe, no pueden tener expectativas legítimas sobre esos terrenos. En cambio, los indígenas que pierden total o parcialmente sus tierras mantienen su derecho de propiedad sobre esos terrenos y poseen acciones preferentes para recuperarlos, incluso cuando se encuentran en manos de terceras personas.

Con lo reflexionado, se puede colegir que la férrea vinculación que poseen las comunidades indígenas con sus tierras desborda los límites del objeto de protección del derecho de propiedad tradicional, puesto que para los pueblos originarios su territorio es consustancial a su vida y la tutela efectiva se traduce en la genuina preservación de sus bienes que son de carácter indisponible.



10°.- Que otra arista de esta problemática está constituida por la aplicación de la normativa que los jueces deben efectuar para la resolución del conflicto jurídico de esta materia sui generis, con apego irrestricto al denominado control de convencionalidad, que es una herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del Tratado del cual es parte. La judicatura al decidir el conflicto jurídico debe constatar que la normativa aplicada al caso se adecue a las obligaciones aceptadas por el Estado en los respectivos Tratados Internacionales suscritos, y ello se efectúa al comparar las disposiciones internas, las del Convenio y la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana sobre estos tópicos. En suma, los jueces en la resolución de disputas territoriales en que el derecho de propiedad indígena esté comprometido deben poner especial atención, que las tierras para los pueblos originarios resultan esenciales para la preservación de la cultura e integridad indígena y su existencia, tal como ha sido la intención del Legislador en la Ley N°19.253. Congruentemente, los estándares internacionales, reconocen que la posesión ancestral constituye título suficiente del derecho de propiedad, independiente del reconocimiento estatal, no obstante diferir en cuanto a la fuente.

En síntesis, los organismos interamericanos basan el derecho de propiedad indígena en el acatamiento al derecho consuetudinario de la comunidad respectiva, mientras que para los órganos de la OIT encuentra su fundamento en el artículo 14 del Convenio.

11°.- Que de lo argüido *ut supra* se infiere que la protección de los territorios indígenas definidos en el artículo 12 letra b de la Ley N° 19.253, y consustancialmente el derecho de propiedad inherente a ellos, constituye una



obligación inexcusable para el Estado y sus órganos, incluido obviamente el Poder Judicial y sus Tribunales, tal imperativo se inscribe en la aplicación de una normativa especial indígena que regule el asunto, unido a la implementación y ejecución de políticas nacionales basadas en criterios universales que sobre esta materia se han empleado con éxito en el mundo y cuya consolidación por los países se manifiesta concretamente en la adhesión a diversos Convenios Internacionales respecto de la defensa y resguardo de territorios ancestrales de los pueblos originarios. Es deber del ente estatal dar amparo y seguridad en sus derechos a toda la población que conforma la sociedad, otorgar plena cobertura legal a aquellos grupos étnicos distintos que coexisten en el país y propender al fortalecimiento de las comunidades autóctonas, por medio de la integración armónica de todos los sectores de la Nación con el objeto de asegurar el derecho de las personas a vivir y desarrollarse en un medioambiente propicio y a poder participar plenamente con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

12°.- Que se encuentra debidamente acreditado en estos autos en relación con el predio en disputa lo siguiente:

a.- La Hijuela N° 127, adjudicada a don Romualdo Painequir Nahuel, por resolución del juzgado de mayor cuantía de Villarrica del año 1983, en procedimiento de división de la Reserva de la Comunidad Indígena "Mariano Millahual", proviene del Título de Merced N° 1.341 del año 1905, correspondiente a la Hijuela N° 25, de una superficie de 1.140 hectáreas, que fue subdividida en diferentes lotes.

b.- El 6 de febrero de 2008 se celebró una compraventa fiduciaria entre don Romualdo Painequir Nahuel y don Jorge Patricio Painequir Molina -a la época cónyuge de doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo- en virtud de la cual adquirió el Lote 127-B 1, de 94,781 metros cuadrados, restante de la Hijuela 127.



c.- El 12 de febrero de 2008, don Jorge Patricio Painequir Molina y doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo liquidaron la sociedad conyugal, en virtud de la cual ésta se adjudicó el Lote 127-B 1.

d.- Por escritura pública de 2 de noviembre de 2009, el Lote 127-B 1 fue objeto de subdivisión de la que resultaron los lotes 12, 14 y 16, que fueron vendidos por doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo a don Rodrigo Ubilla Mackenney.

e.- Por escritura pública de 17 de mayo de 2014, don Rodrigo Ubilla Mackenney aportó a la Sociedad de Inversiones Quetroleufu Limitada, los lotes 12 y 14.

f.- Por escritura pública de 14 de septiembre de 2012, doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo vendió a don Rodrigo Ubilla Mackenney el lote 17-B, el que fue fusionado con el lote 16, pasando a denominarse lote 16 A.

13°.- Que del mérito de la historia de la propiedad raíz no cabe duda que el inmueble adjudicado en su oportunidad a doña Guadalupe del Carmen Moris Gajardo revestía el carácter de indígena, estimando este disidente que tal condición no se perdió con la referida adjudicación, de manera que no se produjo la liberación de las prohibiciones establecidas en el artículo 13 de la Ley N° 19.253.

Analizado el conflicto bajo el prisma protector del cuerpo legal antes aludido y todos aquellos señalados con anterioridad, no se puede entender, pretender, ni menos obtener por esta vía, que por su enajenación prohibida o el sólo efecto declarativo de la adjudicación se produzca su desafectación a tierra no indígena.

Cabe hacer presente que las normas de la ley n° 19.253, en cuanto a la enajenación de tierras, son de orden público, lo que implica, en derecho de contratos, el respeto de la regla, según la cual, las partes no pueden pasar por alto normas imperativas, ni menos prohibitivas. Las reglas de orden público en general se imponen por razones de moralidad o de seguridad necesarias para la vida en sociedad. De ahí



que la ley es la única que puede limitar la forma como se puede usar, gozar o disponer de la propiedad sobre una cosa corporal o un derecho, conforme a su función social la que comprende, entre otros, cuando lo exijan los intereses generales de la Nación.

Tanto en derecho público, como en derecho privado, el orden público limita la libertad contractual y justifica, en algunos casos, atentados a la estabilidad de las relaciones contractuales, particularmente cuando estas reglas de orden público han sido establecidas como necesarias en la comunidad al estar ligadas a valores asociados a la institucionalización de la paz social.

De modo que, si la Ley N° 19.253, en razón del interés general del país -imperativo de orden público- sustrae del comercio jurídico una cosa cuya prestación es el objeto de la obligación principal de ese contrato, no sólo se afecta de ilicitud el objeto, lo que implicaría sancionarlo con la nulidad absoluta, sino que jurídicamente al desaparecer del comercio jurídico se verifica el desvanecimiento del objeto por un hecho sobreviniente, un efecto similar a cuando la cosa se destruye totalmente o se hace imposible ejecutar la prestación, lo que fuerza la resolución de ese contrato que, atendida su naturaleza, no es sino su terminación.

No hay que olvidar tampoco el tenor del artículo 11 del Código Civil que sanciona con nulidad textual o de pleno derecho el acto fraudulento, al expresar que "Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley."

14°.- Que en ese mismo sentido cabe consignar que, de acuerdo con el análisis de distintos estudios elaborados en torno a este tema, los títulos de merced de tierra a los que alude la Ley N° 19.253 en su artículo 12 letra b, fueron otorgados a los Mapuches por el Estado de Chile una vez



concluido el proceso de ocupación de la Araucanía. Según se revela en diversos documentos oficiales, estos títulos se entregaron en virtud de la ley del 4 de diciembre de 1866 por la Comisión Radicadora de Indígenas, en las provincias de Bío Bío, Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia y Osorno. Además, consta que el proceso de entrega de títulos sobre las tierras ya mencionadas comenzó en 1884 y culminó en 1929. La historia da cuenta que entre las regiones VIII, IX y X se otorgaron 2.918 títulos de merced, con una superficie total de 510.386,67 hectáreas.

15°.- Que, permítaseme en este apartado una digresión, lamentablemente en la actualidad un gran porcentaje de esas tierras indígenas -otorgadas conforme a los títulos de merced previamente individualizados-, no obstante su prohibición de enajenación, se hallan perdidas para sus dueños y/o usurpadas, y han salido del dominio indígena radicándose su titularidad en particulares que no gozan de esa condición, a través de diversos mecanismos. Lo cierto es, que es fácil comprobar que una ingente cantidad del territorio indígena ya precedentemente singularizado, se encuentra en poder de diversas personas de origen no indígena, naturales o jurídicas, de derecho público o privado. Es un hecho inconcuso que existe ocupación de esas tierras indígenas por personas sin vínculo de parentesco con los propietarios o descendientes de los adjudicatarios del título de merced, y que se han instalado en las tierras comunales, con o sin el consentimiento de los Mapuches, y se ha podido constatar también, que por desconocimiento o por voluntad propia- a pesar de estar en conocimiento de las prohibiciones que afectan a los predios de esta clase- algunos comuneros de esa etnia han cedido acciones y derechos a particulares sobre parte o la totalidad de las tierras que les corresponden al interior del título de merced, y que al momento de la división de la comunidad obtienen títulos de dominio, vulnerándose la ley.



Con el mérito de lo expuesto en este párrafo, el disidente da por concluido este fragmento *excursus*.

16°.- Que, por su parte, la demandada ha desplegado su estrategia de defensa mediante la utilización de diversos argumentos que demostrarían, en relación con la solicitud de declaración de nulidad absoluta de oficio, que los predios no presentan la condición de indígenas.

Sostiene que no es posible afirmar tal calidad por cuanto para ello es fundamental la condición de persona indígena, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.253, ya que de la lectura de los contratos de compraventa y de la escritura de aporte societario se desprende que tal condición jurídica no está presente en aquellos que concurrieron personalmente a su celebración.

Afirma que la nueva legislación, para los efectos de calificar una tierra como indígena, no se basa exclusivamente en su origen, como había sido históricamente, sino que a consecuencia de su ocupación en propiedad o posesión por un indígena o una comunidad indígena, pero entendiendo por tales a los descendientes de agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, conforme al concepto establecido en el artículo 2 de la Ley N° 19.253, en sus letras a) y b), en relación con el artículo 1 del mismo cuerpo legal, y no en función de poseer derechos que emanen directa o indirectamente de alguno de los títulos mencionados en el artículo 12.

Desde esta perspectiva, concluye, que al no ser los demandados personas naturales indígenas, ni persona jurídica comunidad indígena, en su caso, no tiene sentido entender que a sus predios les afectan las prohibiciones de la Ley N° 19.253.

17°.- Que, ahora bien, en la sentencia censurada para arribar a la decisión que se impugna por esta vía, los jueces de segunda instancia siempre tuvieron presente, desde su óptica, que la tierra en disputa en esta causa no era indígena y así lo determinaron en el considerando relativo al



establecimiento de la situación fáctica. Ese hecho resultó ser fundamental para la resolución del conflicto de autos en tal sentido, y para sustentar su fallo, puesto que de esa premisa base y luego de articular distintos métodos de interpretación de la ley, los jueces del mérito cimentaron su dictamen final. De lo que se colige que, si los actores logran convencer por medio del arbitrio casacional a esta judicatura, que dicho establecimiento factual fue producto de un error de derecho y que dicho elemento axial para la sentencia no es verdadero, se desmorona la piedra angular y todo el andamiaje en los que se apoya la resolución objetada, y por consiguiente, verificada dicha hipótesis, la acción de nulidad intentada deberá prosperar.

18°.- Que, resulta adecuado indicar, que en la construcción de una sentencia, se emiten por los jueces, enunciados de carácter fáctico, los que una vez establecidos, se recopilan por lo general en el considerando del fallo destinado a la configuración de los hechos, suelen ser sólo descriptivos de la situación, aunque desprovistos aún de valoración normativa, por cuanto con ellos lo que se pretende configurar es un basamento sobre el cual debe construirse más tarde la realidad procesal. Una vez probados sus extremos con acreditación idónea y suficiente demostración, tal labor exegética conduce regularmente con plena convicción a la verdad de tales proposiciones. Si ha habido un equivocado establecimiento de los hechos o la omisión de algunos, y/o si el afectado está interesado, además, en incorporar otros elementos de esa índole, el remedio procesal es la petición de nulidad del fallo, por medio del recurso de casación, por infracción a las normas reguladoras de la prueba producida en la acreditación fáctica.

Por otro lado, los enunciados que se esgrimen con un carácter valorativo son fruto de una evaluación y ponderación de una determinada situación al amparo de ciertas normas atingente al caso, que se efectúa con la finalidad de establecer si éstos son aplicables en la especie, de qué modo



y con qué trascendencia. Tales premisas comprobadas constituyen *quaestio iuris*, o cuestiones de derecho, porque se da concreción a la consideración jurídica de los hechos de la causa, es decir, su calificación, definición o subsunción legal de la situación fáctica en el encuadramiento normativo. Entonces, si ha fracasado esta tarea primordial por un defecto en la incardinación del *factum* en la disposición legal pertinente puede también objetarse por el afectado la decisión judicial, a través del recurso de casación en el fondo por infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia que se ataca.

19°.- Que, en este juicio, la determinación legal consistente en, si la tierra en disputa -en este proceso específico- tiene o no la calidad de indígena, no constituye un mero hecho aislado, desprovisto de toda connotación jurídica, pues justamente para arribar a una conclusión al respecto debe realizarse por la judicatura su encuadre normativo y posterior calificación en derecho, cuestión sustantiva y relevante que hace susceptible de ser censurada su decisión jurisdiccional, por medio del arbitrio casacional respectivo. De la prueba rendida por las partes, del examen y ponderación de la misma, y de la consecuente subsunción de los hechos ha quedado suficientemente acreditado, para este Juez autor de este voto particular, la calidad de tierra indígena que poseen los predios en disputa conforme a los parámetros establecidos en artículo 12 de la Ley N° 19.253, pues con las probanzas quedó meridianamente nítido el origen de las tierras de esta causa, cuyo título primitivo fue una merced de tierra que se concedió como titular y propietario a una persona indígena para convertirlo en dueño de un predio situado en territorio ancestral de la etnia Mapuche, esto ocurrió hace más de un siglo y mucho antes de que fuera creado el Registro de Tierras Indígenas de la Conadi. Posteriormente se produjo una sucesión en cadena de transferencia de dicha propiedad indígena en el tiempo, que finalmente culminó en manos de una persona que no ostenta



dicha calidad y el transcurso de los años jamás pudo mutar el estatus de esa tierra indígena por encontrarse expresamente prohibido por la ley y diversos tratados o Convenios internacionales suscritos por el Estado de Chile.

20°.- Que, relacionado con lo disceptado precedentemente, y con las tesis que sustentan ambas partes en esta causa, se debe tener en cuenta que ambos litigantes desplegaron en el proceso judicial una serie de argumentos con el objeto de inclinar la balanza de la justicia a su favor. Pues bien, no hay que olvidar que un argumento es la expresión oral o escrita de una idea o razonamiento, cuyos elementos cardinales son la consistencia y coherencia, por medio de los cuales se busca probar, refutar o justificar una tesis o proposición. En algunas ocasiones, cuando los argumentos no son correctos por falsedad de sus premisas, la conclusión es inevitablemente inválida y ello da lugar a falacias de tipo formal e informal. De este modo, el *argumentum ad lógicam* es una falacia lógica basada en la confusión de la posición del oponente. La parte interesada genera un problema ficticio que no es la sustancia de la controversia jurídica y con ello se ha creado una situación fácil de atacar y luego atribuir ese enfoque al contendor para anularlo. En los hechos no se refuta el argumento real del oponente vinculado con el debate central, sino el argumento ficticio que se ha creado. En dicho escenario, quien desarrolla la tesis dominante despliega una serie de argumentos complejos y detallados, pero errados en su base fáctica y encuadre lógico, aunque *a priori* convincentes por su extensión y difícil comprensión de sus premisas, que deja al oponente en una situación precaria y desventajosa.

21°.- Que en estos autos, la controversia jurídica principal radica en que una propiedad que desde el siglo XIX fue declarada por ley como indígena, ahora en la actualidad aparece desafectada de su condición, esa es la situación relevante en esta causa y no otros asuntos adjetivos levantados como defensa de fondo, pero inconducentes con lo



sustantivo del debate, y ello aunque no hubiese habido de parte de los actores una contrargumentación sólida, debió ser motivo de un análisis pormenorizado, de oficio, por los Jueces que intervinieron en este proceso, pues se encontraban obligados en resguardo del cumplimiento de normas de orden público, y su correlativo interés nacional comprometido. A contrario sensu, cohonestaron y validaron con su sentencia, que a través de diversos actos de transferencia dominical se haya mutado la naturaleza de la tierra mapuche y con ello se han vulnerado, tanto la ley vigente sobre este tópico, como Tratados Internacionales que versan sobre la materia.

22°.- Que *a fortiori*, en este apartado resulta conveniente precisar que el artículo 1683 del Código Civil señala que 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.

23°.- Que, en cuanto a la falta de legitimación activa de los demandantes en procedimiento de reivindicación de tierras, la jurisprudencia ha señalado que en virtud de las normas vigentes, en el caso de verificarse los presupuestos que la ley estatuye, de constatarse que se ha contravenido la prohibición que contiene el artículo 13 de la Ley N° 19.253, atendida la fuerza que entraña el artículo 1683 del Código Civil, esa disposición faculta al juez para que, incluso procediendo de oficio, declare la nulidad que allí se consagra. Además, el artículo 13 de la Ley N° 19.253 se refiere a un interés nacional no pecuniario y en dicha disposición se establece una política de beneficio para el país en la protección de las tierras indígenas y que en



principio habilitan a cualquier persona para demandar la nulidad consagrada en el artículo ya citado. Por lo demás, el territorio de la controversia se halla dentro de los presupuestos legales que establece el artículo 12 de la Ley N° 19.253, en consecuencia, el fallo impugnado, contraviene el estatuto de reconocimiento de las tierras indígenas y, más cuestionable aun, otorga a la venta de la propiedad indígena a persona sin esa condición, la cualidad de desafectar al inmueble de esa calidad específica, circunstancia no contemplada en la legislación actual, ni tratados internacionales suscritos por el país, puesto que las tierras indígenas gozan de una protección especial, que lleva a prohibir su enajenación, salvo entre comunidades o entre personas indígenas de la misma etnia y a disponer limitaciones en relación a actos en que se otorga el goce a terceros.

24°.- Que debe ponerse énfasis, que la jurisprudencia de esta Corte se ha manifestado en diversos fallos en ese sentido, sosteniendo que las normas de la Ley N° 19.253, en lo referente a la enajenación de tierras son de orden público, lo que significa que las personas que intervienen en esta materia no pueden ignorar las normas imperativas, ni menos prohibitivas. Se ha expresado que las reglas de orden público en general se decretan por razones de moralidad o de seguridad necesarias para la vida en comunidad. De ahí que, la ley es la única que puede limitar la forma como se puede usar, gozar o disponer de la propiedad sobre una cosa corporal o un derecho, conforme a su función social la que comprende, entre otros, cuanto exijan los intereses generales del país. Lo anterior se aplica por cierto a los derechos reales sobre cosas incorporeales. Luego, también se ha dicho que, tanto en derecho público, como en derecho privado, el orden público limita la libertad contractual y justifica en algunos casos atentados a la estabilidad de las relaciones contractuales, particularmente cuando estas reglas de orden público han sido establecidas como necesarias en la sociedad



al estar ligadas a valores asociados a institucionalizar la paz social. Se ha sostenido, que si la Ley N° 19.253 sustrae del comercio jurídico una cosa cuya prestación es el objeto de la obligación principal de ese contrato, por lo tanto, no sólo se afecta de ilicitud el objeto, lo que implicaría sancionarlo con la nulidad absoluta, sino que jurídicamente al desaparecer ésta del comercio jurídico se verifica la desaparición del objeto por un hecho sobreviniente, un efecto similar a cuando la cosa se destruye totalmente o se hace imposible ejecutar la prestación, lo que fuerza la resolución de ese contrato que, atendida su naturaleza, no es sino su terminación. Finalmente, se ha establecido, que la evolución normativa resulta reforzada por la dictación del convenio 169 de la OIT, que reconoce expresamente a los pueblos precolombinos, sus tradiciones, cultura y derechos ancestrales, dentro de los cuales su vinculación con la tierra es fundamental, la ley n° 19.253, vigente al momento de interponer la demanda es una normativa que constituye un estatuto legal especial y de orden público, que debe primar sobre el estatuto general que rige las relaciones contractuales entre civiles. La actual legislación, contiene un principio restaurador de los derechos de los pueblos originarios, cuestión es relevante, pues es la única forma de restituir a los legítimos propietarios el pleno ejercicio de sus derechos sobre la tierra indígena.

25°.- Que efectivamente este Juez discrepante concuerda con la posición de los actores, en el sentido de que la sentencia impugnada infringió el artículo 1683 del Código Civil, por falsa aplicación, y dejó de emplear las normas inherentes a esta materia específica contenidas en la Ley N° 19.253, al estimar que, siendo desechada la legitimación de los demandantes, el juez a quo no puede examinar la validez de los actos jurídicos objeto del litigio. Por lo demás, la nulidad puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando el vicio de nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato, como ocurre en la especie.



Los magistrados del fondo pueden y deben examinar la validez y licitud de los actos o contratos, aun cuando se excluya la calidad de interesada de los actores, en la medida que el vicio esté de manifiesto como acontece en esta *litis*, razón por la cual, este juez que sostiene la disidencia estuvo por acoger el recurso de casación interpuesto, invalidar la sentencia del grado y en sentencia de reemplazo fue de opinión de declarar de oficio, la nulidad absoluta de las ventas de territorio indígena que se efectuaron en esta causa, a una persona que no ostenta la calidad de la citada etnia originaria.

Redacción a cargo de la Ministra señora Gajardo, y redactó el voto en contra, el Ministro señor Blanco.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 28.614-21.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., María Cristina Gajardo H., y los abogados integrantes señor Diego Munita L., y señora Carolina Coppo D. No firma el Ministro señor Blanco y el abogado integrante señor Munita, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, diecisiete de agosto de dos mil veintidós.



En Santiago, a diecisiete de agosto de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

