

# ASPECTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCION, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS(1)

**Ramiro A. Mendoza Zuñiga**

Profesor de Derecho Administrativo

## I. INTRODUCCION

Tal como lo señala el mensaje presidencial, al aproximarse una nueva época, que *marcará medio milenio de presencia hispánica en nuestro continente*, se decide emprender una dura tarea, que quizá por su prisa (el tiempo) o por la *complejidad y desarmonía de los roles y aspectos de los intervinientes y de la sociedad en general*, han generado un proyecto de gran ambición y que no obstante las intenciones reparatorias envueltas en forma expresa, no lo ha dejado exento de severas imprecisiones, ya de orden terminológico o bien de carácter sustantivo; algunas de ellas, en el primer aspecto, no coincidentes con la enseñanza general de las materias y otras de clara contradicción con principios fundamentales del orden constitucional vigente (2).

Sus objetivos (generalidades).

i)El tratamiento específico, desde el punto de vista jurídico, de las comunidades indígenas y su personalidad jurídica, buscando la participación y organización de modo fácil, simple y expedito, a través de ellas, de las asociaciones indígenas (asociaciones de personas unidad por alguna actividad, oficio u objetivo común), y la creación además de un organismo público, que defina, coordine y ejecute de manera completa las políticas necesarias para el desarrollo íntegro de este sector de la población (CONADI), cuyo *tratamiento se realiza en plenitud en el Título Quinto del Proyecto*;

ii)la *abolición de cualquier discriminación que hubiera en el país, permitiéndoles a estas personas -quienes detentan la calidad de indígenas- que "junto con ser chilenos sean parte de una cultura originaria"*;

---

1 Corresponde a Informe Legislativo N°35 (mayo 1992), del Centro de Estudios y Asistencia Legislativa (CEAL) de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Se publica en con la autorización del mismo.

2 Vid. por ejemplo la función de carácter jurisdiccional que pretende consagrarse como ámbito de competencia de un órgano administrativo -art.41 del proyecto-.

iii)promocionar una legislación que permita el desarrollo de vida de estos pueblos, proponiendo al efecto, vías de solución financieras a sus problemas y enfrentándolos a un régimen de variadas garantías en materias de aguas, propiedad y financiamiento;

iv)en la misma idea precedente, crea un FONDO DE ETNODESARROLLO y un FONDO DE TIERRAS Y AGUAS INDIGENAS, estableciendo además, por parte de MIDEPLAN, áreas de desarrollo indígena, donde puedan ser aplicados planes y programas integrales de desarrollo, cautelando el medio ambiente y las culturas que allí viven;

v)abordar a través de diversos medios que propone, un planteamiento educativo distinto, tanto al reconocer la enseñanza del idioma indígena, como la promoción del respeto de sus culturas y tradiciones. En este mismo orden de materias, pretende ampliar el acceso a la educación e instar porque ésta, en sus grados inferiores (básica y media) sea una fuente real de capacitación y preparación para la vida práctica de estos pueblos en el trabajo productivo;

vi) en el orden judicial, establece importantes novedades, (3) la primera es el establecimiento de jueces de paz, para la solución de conflictos menores entre indígenas; la creación de un procedimiento especial para causas de indígenas; y en el orden de las fuentes, el reconocimiento expreso del derecho consuetudinario con una amplísima gama de medios de prueba a su respecto; y

vii)en fin, el proyecto además, no deja de visualizar la evidente crisis de medios -economía- ecología, abordando decididamente la situación de los recursos hídricos, que tanto conflicto ha producido en comunidades y sectores donde la escasez del elemento presenta el problema.

## **II. ASPECTOS RELEVANTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO ENVUELTOS EN EL PROYECTO**

### *1. Descripción de los problemas a enfrentar y vías de solución.*

1.1. Sobre los beneficiarios y la constitución y variedad de personas jurídicas que pueden crearse al amparo del proyecto.

1.2. Incidencias del proyecto en el cuadro de la Organización Administrativa del Estado.

1.3. Sobre las deficiencias detectadas en materia de impugnación en relación a las actividades jurídicas de los órganos creados.

---

<sup>3</sup> En propiedad, no se trata de novedades, sino de reimplantar o reorientar, instituciones aplicadas en el pasado, bajo términos y fines distintos.

## 2. Particularidades.

2.1. En materia de indemnización de perjuicios.

2.2. En materia de inembargabilidad de bienes y derecho de propiedad.

## **DESARROLLO**

### **1. Descripción de los problemas a enfrentar y vías de solución.**

*1.1. Sobre los beneficiarios y la constitución y variedad de personas jurídicas que pueden crearse al amparo del proyecto.*

Son beneficiarios de esta ley, quienes detenten la calidad de indígena (Párrafo 3º artículos 5 a 8), esto es, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en algunas situaciones previstas por los literales a, b y c del artículo 5º. Sin perjuicio de ellos y del cumplimiento efectivo de los requisitos y situaciones allí tratadas, la calidad de tal -indígena- "podrá" acreditarse mediante un certificado que otorgará un determinado organismo público.

En el orden colectivo, se visualizan dos personas jurídicas, ambas de carácter corporacional, que son, las comunidades indígenas y las asociaciones indígenas ya de carácter rural o urbano.

La primordial persona jurídica, en cuanto son o pueden llegar a ser titulares de tierras indígenas indivisas, de tierras que se adjudiquen a su nombre, de los bienes adheridos a esas tierras y de aquellos bienes muebles de uso colectivo de todos los comuneros, son las COMUNIDADES INDÍGENAS, cuyo tratamiento se realiza en el párrafo 2º del título Primero del proyecto en análisis. Su noción está tratada en el artículo 3º, y gozan de personalidad jurídica por el simple hecho del depósito de sus actas constitutivas en la CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDIGENA, organismo que entre sus funciones, tiene a su cargo el Registro de Comunidades Indígenas (4)

---

4 Esta técnica -del depósito registral- de concesión de personalidad jurídica, de data relativamente reciente en la técnica legislativa chilena- vid.al efecto, entre otras, L.N. 18.118, sobre regulación de actividad de Martillero; L.Nº 19.069, sobre organizaciones sindicales; L.Nº 18.962, *Orgánica Constitucional de Educación -requiere de ciertas precisiones en cuanto su utilización; en efecto, resguardado constitucionalmente el Derecho de Asociación, aparece evidente la difusión de tal mecanismo, sin embargo, por razones de prudencia y fin, debe compatibilizarse dicho nacimiento -de la personalidad jurídica-, con el cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones impuestos por la Constitución (por ejemplo en relación a los fines de las personas jurídicas de que se trate) y por las normas dictadas en su conformidad. Por ello, nos parecen más prudentes aquellas técnicas legislativas que privilegien el efecto jurídico del silencio, condicionando de ese modo la existencia de la personalidad jurídica de que se trate, a la verificación del cumplimiento de los requisitos impuestos por el legislador para su existencia jurídica, a cargo de la Administración.*

Así también, las Asociaciones Indígenas, (5) que son entidades corporacionales en razón de una función (materia) común, o bien de una materia a desarrollar en un área común (la urbe), (6), con los objetivos que la ley prevee, ya en el ámbito educacional, profesional, económico o bien solidario -caso de las Asociaciones Indígenas urbanas-, gozan de personalidad jurídica mediante el depósito de sus estatutos y directivas en un Registro que llevará la CONADI, quien además velará por el correcto cumplimiento de sus objetivos.

Esta técnica, ya vista precedentemente (7) y del modo consagrada en la legislación en análisis, trae aparejada dos interrogantes que son comunes a ambas personalidades jurídicas y que deben ser necesariamente tenidas en cuenta. La primera de éstas, dice relación con el rol de CONADI frente al depósito de las actas constitutivas o estatutos, según sea el caso; es decir, puede dicho organismo impedir el goce de personalidad jurídica dimanante de la ley, frente al incumplimiento evidente de requisitos constitutivos por la comunidad o asociación que se trate, o lo que es lo mismo ¿Cuál es el rol de CONADI frente al otorgamiento de la personalidad jurídica que trata el proyecto?. La respuesta no tiene, evidentemente, ningún grado de complejidad: CONADI sólo es depositaria del Registro que la ley encarga a su custodia, pero el otorgamiento de la personalidad jurídica corresponde pura y exclusivamente a la ley, no cabiéndole entonces a la Administración un pronunciamiento que tienda a impedir la personalidad jurídica que la ley entregó a los depositarios de los instrumentos referidos.

Lo anterior, es de vital trascendencia, pues la carencia de potestades revisoras e impeditivas de la Administración, a lo que se une, la ausencia de efectos jurídicos concretos al silencio administrativo, pudiere significar que los beneficios de la normativa en análisis se extiendan a sujetos que hubieren incumplido requisitos indispensables para el goce de la personalidad jurídica, lo que atenta contra el elemental principio de que el fraude todo lo corrompe o bien, de que nadie puede aprovecharse de su mala fe.

La segunda cuestión, se refiere al rol y atribuciones de CONADI, en relación a la extensión de sus potestades administrativas relacionadas con las causales de extinción o disolución de la personalidad jurídica de que se trate; en este sentido -y como lo prueba el cambio fundamental del rol del Estado en relación a la Constitución Política de 1925- debe quedar establecido, con meridiana claridad, que el tratamiento de las causales relativas a estas materias es de origen exclusivamente legal, no correspondiéndole entonces al Presidente de la República, vía reglamentaria, la determinación de estas importantes materias (8).

---

5 Su tratamiento se realiza, fundamentalmente, en los artículos 39 a 41; y se conceptualizan como la agrupación funcional de a lo menos veinticinco indígenas, que se asocian, reúnen, organizan y constituyen en función de un interés y objetivo común (art.39).

6 Vid. al efecto el artículo 105, que en su inciso 1º expresa "Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 2º del Título Cuarto, los indígenas urbanos inscritos en el Registro Indígena podrán formar Asociaciones Indígenas urbanas, inscribiéndolas en el Registro de Asociaciones Indígenas de acuerdo a lo establecido en esta ley".

7 Vid. nota 3

8 Esta conclusión y exigencia, no es del todo pacífica en la doctrina y jurisprudencia. Vid. al efecto la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 124 de fecha 18 de junio de 1991,

Importa abjurar, desde ya, de la aberración de doble contenido que se expresa en el artículo 41 inciso 2º del proyecto, que dice "Frente a controversias que se susciten entre miembros de alguna asociación indígena, la CONADI actuará como juez administrativo, pudiendo establecer amonestaciones, multas e incluso llegar a la disolución de las mismas. En tal caso actuará como partidario sin instancia de apelación".

Es insostenible que, a estas alturas del desarrollo jurídico administrativo chileno, máxime la reforma constitucional de 1989, (9) que eliminó cualquier referencia a lo contencioso administrativo en el orden constitucional, ratificando la vigencia fundamental de la especialidad jurisdiccional exclusiva de los tribunales de justicia, que por lo demás viene plasmado desde el texto constitucional de 1823, se re-vuelva al carácter de juez administrativo de un órgano de la administración, para que éste llegue incluso a la disolución -esto es: extinción- de la personalidad jurídica de determinadas asociaciones, procedimiento incluso en el que queda impedido el agraviado, de ejercer cualquier instancia de apelación, contradiciendo de paso la naturaleza impugnativa esencial de los procedimientos administrativos (10).

No puede pretenderse -desde el punto de vista de nuestra disciplina- sino un comentario adverso; repugna constitucionalmente la idea de un juez administrativo, y más aún, cuando se pretende cerrar la vía impugnativa de las decisiones del funcionario erigido en tal calidad.

## 1.2. Incidencias del proyecto en el cuadro de la Organización Administrativa del Estado.

### 1.2.1. Generalidades.

El proyecto, desde el punto de vista de las personas jurídicas de derecho público que se establecen, crea la CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDIGENA -CONADI-, respecto de la cual hace un pormenorizado tratamiento en su título Quinto (11), persona del tipo corporacional, la que define como un servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN); (12) estableciendo además, dos FONDOS, esto es, patrimonios de afectación o personas jurídicas de carácter fundacional, (13) que son: el FONDO DE TIERRAS Y AGUAS INDIGENAS (arts.20 y 21) y el FONDO DE

---

requerimiento hecho conforme al artículo 82 N° 5 de la C.P., por un grupo de Senadores, con motivo de la dictación del Decreto Supremo (justicia) N° 143, del 31 de Enero de 1991, en virtud del cual se declara disuelta la personalidad jurídica de la "SOCIEDAD BENEFACTORA Y EDUCACIONAL DIGNIDAD".

9 Vid. Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, D.O. 17 de agosto de 1989.

10 Que en carácter de principio consagra el artículo 9 de la ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, todo ello en relación además, con el artículo 19 N° 3, 19 N° 26 y 73 de la Constitución Política.

11 Artículos 42 y siguientes del proyecto.

12 MIDEPLAN, su ley orgánica es la N° 18.989, D.O. 19 de julio de 1990.

13 Contraloría General de la República, les ha reconocido a los Fondos, la naturaleza de persona jurídica de carácter fundacional, incluso en el Organigrama de la Administración del

## ETNODESARROLLO (Art.27).

Debe destacarse que, conforme la naturaleza de bienes que los componen, los fondos se administran, como acertadamente lo señala el artículo 27 del texto en análisis y no son dependientes (14), como erradamente expresa el artículo 20 del mismo texto.

1.2.2. De CONADI, del nombramiento de sus consejeros y de la remoción de los mismos.

La dirección superior técnica y administrativa de CONADI, estará a cargo de un CONSEJO EJECUTIVO (órgano colegiado) (15), que integran 23 miembros, que son designados de la siguiente manera:

a) Un Director Nacional, de designación Presidencial, funcionario de exclusiva confianza de éste y quien además preside el Consejo;

b) Un Secretario General, designado por el Presidente de la República y también de su confianza;

c) 11 representantes de los indígenas, distribuidos sobre la base del origen de los mismos, en razón de la proveniencia de los distintos pueblos que la ley señala; queda encargado a un Reglamento, la forma de designación de estos miembros, el que se preocupará, además, de cautelar la autonomía en la elección de ellos, asegurando la efectiva representatividad social, étnica y territorial;

d) 10 Consejeros designados por el Presidente de la República, de los cuales, 6 a lo menos, deberán ser representantes de los Ministerios del Interior, Educación, Agricultura, Bienes Nacionales, Planificación Nacional y Secretaría General de Gobierno, respectivamente, los que se mantienen en sus cargos mientras cuenten con la confianza del Presidente de la República que los designó. Cabe hacer notar la impropiedad que expresa dicho literal del texto en análisis. En efecto, si se mantiene la referencia al Presidente de la República que los "designó", cesado éste en su cargo -cualquiera sea la razón- no existe obviamente confianza alguna que subsista, pues aquel ya no mantiene el carácter habilitante para el nombramiento, lo que implicaría de pleno derecho la cesación de los cargos aludidos. No puede ser ese el carácter pretendido, dada la naturaleza de la función administrativa del Estado, por lo que basta al legislador expresar el hecho de la "confianza

---

Estado.

14 Expresión que implica jerarquía y por ende, la existencia de personas -no bienes- que puedan encontrarse subordinados respecto de sujetos supraordenados.

15 El Consejo es un órgano pluripersonal de la Administración, que no son extraños a ésta, aunque podría decirse en términos generales que su estructura conlleva en el campo administrativo algún grado de ineficiencia. Sobre el carácter de órgano administrativo, es conveniente ver al efecto, la abundante jurisprudencia de Contraloría General de la República en relación a los Consejos Regionales de Desarrollo, ya en el análisis de los aspectos funcionariales envueltos o bien, en los aspectos de responsabilidad, actuación y control que respecto a ellos procede. Vid. entre otros Dictámenes 6.151/89; 8.109/90; 10.255/89; 34.099/88; 8.586/89; y 17.866/88.

exclusiva del Presidente de la República", cualquiera sea el titular del órgano que haya realizado la designación.

Los Consejeros que no dependen de la voluntad presidencial o de la expresión de la confianza de éste, duran tres años en sus cargos y sólo pueden ser removidos en razón de su inasistencia a tres sesiones sin causa justificada.

Resulta, en nuestra opinión, altamente inconveniente privilegiar -en razón de la supuesta representatividad de los Consejeros en análisis- (16), la inamovilidad que detentan en el cargo por un tiempo determinado -tres años-, sin un adecuado correlativo que diga relación con el estricto cumplimiento de las funciones que les competen. Lo anterior, porque todos aquellos que desarrollan una función pública -regida o no por algún cuerpo legal estatutario que los regule en forma expresa-, están obligados a respetar los principios fundamentales establecidos en la Constitución Política (17) y en la ley N° 18.575, que dicen relación con los principios de la competencia -de allí que todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades da lugar a las acciones y recursos correspondientes-, de la servicialidad, de la responsabilidad, de la eficiencia, de la jerarquía, de la probidad administrativa, de la oficialidad, del control jerárquico, de la dignidad, de la apoliticidad y otros (18). Es indispensable, en un estado que pretenda ser de derecho, la estructura correlativa básica del goce de derechos en lo funcional, del ejercicio de potestades en lo funcional y del cumplimiento de deberes y la consecuente responsabilidad de los órganos que ejercen poderes jurídicos y de los funcionarios que integran a los mismos.

Por ende, no resulta adecuado el tratamiento y posterior petrificación funcional -de carácter temporal- de los consejeros aludidos, sin un adecuado tratamiento del régimen de responsabilidad y la respectiva determinación del cese de funciones, por un inadecuado ejercicio de los cargos que sirven de acuerdo a la ley.

### 1.2.3. De CONADI, en la estructura organizativa del Estado.

Conforme la propia definición de la CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDIGENA, ésta tiene el carácter de servicio público funcionalmente descentralizado; esto es, se le aplican a su respecto los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y se inserta obviamente, en su carácter de servicio público en el cuadro organizativo de la Administración del Estado, que contempla el artículo 1° inciso 2° de la norma señalada; además, como se trata de un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, su organización básica queda regulada de

---

16 Ya advertía Francis Paul Benoit, en su clásica obra "Derecho Administrativo Francés", el carácter de ilusión que para los revolucionarios de 1789, tuvo el dogma de la representación popular en el desempeño de cargos públicos y sus funestas consecuencias en el actuar eficiente de la Administración.

17 Artículos 19 N° 17 y 38.

18 Vid. específicamente artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 14 y 16 de la ley N° 18.575.

conformidad al Título II -arts. 26 a 29- como se señaló; y le son aplicables, en lo pertinente, las normas del señalado Título, tanto las referidas a la organización y funcionamiento (arts. 18 a 44 de Ley de Bases), como las que dicen relación con la carrera funcionaria (arts. 45 a 53 de la misma ley).

Por ello, el artículo 49 (19) del texto analizado, debe entenderse en armonía con lo expresado anteriormente, *único modo de conjugarlo con la normativa vigente*.

Resulta necesario destacar -en este capítulo- que en materia de delegación, desarrollada con acuciosidad por el legislador orgánico (20), esto es, la transferencia del ejercicio de competencias administrativas, ésta podrá realizarse sobre las siguientes bases:

- a) la delegación debe ser parcial y recaer en materias específicas;
- b) los delegados deben necesariamente ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;
- c) el acto de delegación deberá ser publicado o notificado, según corresponda;
- d) la responsabilidad del ejercicio de la competencia delegada, recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección y fiscalización; y
- e) el acto administrativo de delegación es esencialmente revocable, lo que destaca la temporalidad de la misma (21).

Ahora bien, el artículo 46 inc. 2º del proyecto, expresa que: "El Consejo podrá delegar parte del ejercicio de sus funciones en el Director Nacional, Subdirector, o cualquier otro funcionario directivo de alto nivel de la institución. Igualmente, podrá crear comisiones o grupos de trabajo permanentes o transitorios aún con personas ajenas al Consejo, y encomendarles o **delegarles** funciones específicas". Debe, conforme lo expuesto, quedar establecido con meridiana claridad, que **no es factible delegar**, esto es, transferir el ejercicio de competencias administrativas a terceros ajenos a la COMISIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA, por expresa limitación de la Ley Orgánica de Bases, recordando de paso, que sólo los Organos de la Administración del Estado pueden ejercer potestades públicas (22).

---

19 Dispone esta norma que: "Facúltase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de un año, establezca la organización interna de la CONADI y fije las funciones y atribuciones correspondientes a los cargos directivos, así como los departamentos y demás dependencias. En todo caso, en la organización interna deberá considerar un Departamento de la Mujer Indígena".

20 Vid. especialmente, artículos 32 y 43 de la ley N° 18.575.

21 Sobre delegación, vid. Eduardo Soto Kloss, La delegación en el Derecho Administrativo Chileno, en Revista de Derecho Público, N° 45-46, Enero-Diciembre 1989, págs. 115 - 147.

22 Por la vía deductiva del artículo 6º de la ley N° 18.575. Aunque cuando admitimos que dicha afirmación, puede no ser pacífica en la doctrina.

Nada obsta, sin embargo, a que los servicios públicos puedan encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, incluso a instituciones de derecho privado, contando con la autorización legal y mediante la correspondiente celebración de contratos, en los cuales se asegure el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado (23).

### 1.3. Sobre las deficiencias detectadas en materia de impugnación en relación a la actividad jurídica de los órganos creados.

#### 1.3.1. Principios Generales del Ordenamiento.

Sin dudar, en el derecho administrativo contemporáneo, el tema de la impugnación de los actos administrativos, se vincula con dos principios generales, la tutela judicial (24) y la impugnabilidad general de los actos administrativos, con la obvia exclusión de la figura del *solve et repete* (el famoso paga y pides), ya caduca en un estado de derecho constitucional y con el necesario tratamiento orgánico y decidido del silencio administrativo. En efecto, para el análisis pretendido, deben entonces sentarse premisas básicas que digan relación, con el proyecto en análisis y lo anteriormente expuesto; éstas serían -en nuestra particular opinión-, las siguientes:

**A. Todos los actos administrativos son esencialmente impugnables**, ya sean en vía administrativa o en vía jurisdiccional a través del sistema de acciones que el ordenamiento jurídico en su plenitud consagra (25). La Administración, en resultado de la premisa invocada y conforme lo ya visto, está absolutamente impedida de ejercer funciones jurisdiccionales (26), lo que significa que todo recurso establecido en sede administrativa tiene sólo ese carácter, y no va a impedir, por ende, el acceso al órgano jurisdiccional propiamente tal (27); y

**B. El deber de actuación de la administración.** En efecto, ella está dotada de potestades, esto es, poderes deberes finalizados, que implican siempre el deber de ejercicio de las mismas cuando se produzcan las situaciones de hecho habilitantes para su actuación (MOTIVOS). Por ello, su no ejercicio, cuando corresponde -sean regladas o discrecionales- importa una omisión, de la cual podría devenir un daño antijurídico y la consecuencial responsabilidad para el estado, sea FISCO o la persona jurídica que corresponda - piénsese en CONADI-. Por ello, en el derecho comparado, amén del régimen y de las consecuencias jurídicas de las omisiones, se ha privilegiado el tratamiento del efecto jurídico del silencio de la Administración, esto es, otorgar una consecuencia jurídica respecto de una omisión de

23 Art. 34 ley N° 18.575.

24 Efectiva, agregará últimamente la doctrina española.

25 En carácter de principio general, lo reafirma el artículo 9 de la Ley de Bases.

26 A mayor abundamiento, ver Gustavo Fiamma Olivares, Derecho y Libertad; artículo, Diario El Mercurio de Santiago, A 2, 18 de diciembre de 1989.

27 Arts. 73 inc. 2°, en relación art. 19 N° 3, ambos de la C.P. en relación artículo 9 de ley N° 18.575; vid. también art. 20 del texto constitucional.

actuación jurídica (28) de ésta, la que pudiere ser negativa o positiva, para de este modo producir una economía procedimental (reducir el reclamo jurisdiccional en contra de la administración) y fundamentalmente, privilegiar el principio de la eficiencia administrativa.

### 1.3.2. Concreciones: CONADI y sus actuaciones.

Del cúmulo de disposiciones contenidas en el proyecto, que de uno u otro modo pudieren decir relación con el análisis pretendido, interesan -para ejemplificar la aplicación de lo expuesto- las siguientes:

a) Dispone el artículo 6º del proyecto que: "La calidad de indígena podrá acreditarse mediante un certificado que otorgará la CONADI. Si ésta deniega el certificado, el interesado, sus herederos o cesionarios podrán recurrir ante el Juez de Letras respectivo quien resolverá, sin forma de juicio previo informe de la Corporación".

**¿Y si CONADI, no entrega el certificado, no respondiendo, ni siquiera negativamente la solicitud hecha? ¿Cuándo se produce la omisión?;**

b) El artículo 11 señala "La división de las tierras indígenas comunitarias deberá ser solicitada formalmente a la Corporación que crea esta ley, por la mayoría absoluta de sus miembros. La Corporación mediante un acto administrativo (29), procederá a disolver y liquidar la comunidad entregando a cada indígena lo que le corresponda en base al derecho consuetudinario que cada pueblo conserve en esta materia". Agrega su inciso 2º que "Cada comunero indígena que se considere afectado con lo resuelto por la Corporación podrá ocurrir, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de notificación de la resolución administrativa, ante el juez de letras respectivo solicitando la nulidad absoluta (30) o la reforma de la liquidación practicada".

Cabe formularse, en el orden de las ideas en análisis, las siguientes interrogantes *¿Cuál es el plazo de CONADI para liquidar la comunidad*

28 Se llega incluso, al extremo del tratamiento jurídico de las omisiones por actividad material.

29 Debe significarse lo erróneo del término transcrito. El acto administrativo es el contenido, la declaración jurídica unilateral de un órgano de la administración, que se contiene normalmente en diversos instrumentos, tales como resoluciones, decretos, órdenes, medidas, etc. Por ello, hay desarmonía entre el inciso 1º de la norma y el inciso 2º -expresa: resolución- el que se concilia, formalmente, con la tradición jurídica administrativa chilena.

30 Debemos destacar la impropiedad del término "nulidad absoluta". Los actos administrativos que no se concilian con el ordenamiento, en razón de su inconstitucionalidad o ilegalidad, son nulos; esto es, se aplica la nulidad de derecho público, que dimana del artículo 7º de la Constitución. Sobre el tratamiento de la doctrina chilena de esta nulidad, ver en especial Eduardo Soto Kloss, la Nulidad del Derecho Público en el Derecho Chileno, en Gaceta Jurídica Nº 125 (XI), 1990, págs. 16 y ss. 91; e Informe Constitucional (de circulación privada) Nº 175, 8 de octubre de 1991, reproducido en materiales de Estudio sobre Control Jurisdiccional sobre la Administración del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1991; vid. además, Gustavo Fiamma Olivares, La Acción Constitucional de Nulidad (Un Supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo), en Revista de Derecho y Jurisprudencia T.86 (1989) 1a. Parte, Derecho, págs. 123 a 128; del mismo autor. Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva, en Gaceta Jurídica; y de Enrique Evans de la Cuadra, Contenido de las leyes complementarias de los artículos 6 y 7 de la Constitución de 1980, en Revista Chilena de Derecho, vol. 12 Nº 2, Mayo-Agosto, 1985, también publicado en Gaceta Jurídica Nº 60 (1985), pp. 5 a 10.

*indígena, mediante la división de las tierras? ¿Cuándo se configura una omisión de CONADI en el ejercicio de las atribuciones conferidas en esta norma? ¿O, es, que la Administración no tiene plazo para el ejercicio de sus competencias frente al requerimiento que le hagan los terceros interesados? ¿Cuáles serían las etapas del procedimiento de elaboración del acto administrativo de liquidación de comunidad?*

c) El artículo 13, en cuanto autoriza la enajenación de tierras indígenas, establece en su literal b), el siguiente requisito:

"Que conste, con la autorización (31) de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, quien la otorgará o denegará previo haber escuchado a la comunidad de que forma parte el que enajena y luego de haberse cerciorado que la operación no le afectará ni contraviene el espíritu de esta ley". Se trata de un requisito habilitante para la celebración del acto de enajenación, es decir, de esas solemnidades que imponen las leyes y cuyo incumplimiento -valga acá la expresión- entre los intervinientes, producirá la nulidad absoluta del acto jurídico de que se trate. Para ello, esto es, la emisión del acto, el organismo administrativo no tiene plazo alguno; su omisión -en cuanto debe actuar y no lo hace- no es tratada y su silencio, que significará la espera de los interesados para materializar el acto que pretenden, no tiene efecto jurídico alguno que singularice la ley. Es más, *¿cuál es el tratamiento del legislador frente a la potestad impeditiva de la administración, esto es, la negativa de CONADI?: NINGUNO; o bien ¿Cuál o que hecho implica la supuesta contravención "del espíritu de la ley?; ¿a quién acudir frente a la arbitrariedad de CONADI?; ¿o es que sólo el Recurso de Protección continuará siendo la vía adecuada -y única- del control de la discrecionalidad administrativa?*

d) Los ejemplos abundan en el texto analizado; baste por vía enumerativa e ilustrativa agregar la carencia de medios impugnativos adecuados, frente a los "informes favorables" del artículo 30; o la aberración -ya remarcada- del artículo 41 y el carácter de juez administrativo.

### 1.3.3. Propositiones concretas frente a este capítulo.

Por lo expuesto, se propone lo siguiente:

a) Regular jurídicamente el silencio de la administración frente al requerimiento de los particulares en cualquiera de las hipótesis donde sea procedente tal tratamiento conforme se ha expuesto, atribuyendo de ese modo un efecto negativo o positivo -según sea ejercida para cada hipótesis la prudencia legislativa -a la ausencia de pronunciamiento de ésta, para que, de ese modo, éstos -los beneficiarios agraviados- puedan siempre acudir en breve plazo al órgano jurisdiccional correspondiente.

---

31 Debiera decir: que cuente con la autorización, o que conste la autorización. En los términos presentes, la redacción es impropia y equívoca.

b) Para materializar lo expuesto, se requiere además un tratamiento adecuado de plazos destinados a que la administración ejerza en forma rápida las potestades que le han sido atribuidas, único modo de conciliar éstas, con el fin de bien común que la obliga, condiciona y determina.

c) Debe también establecerse, sin excepción, el acceso pleno al órgano jurisdiccional, el que también debe quedar vinculado a plazos rápidos, que hagan efectiva la tutela judicial. Por ello, se propone además, regular procedimientos rápidos y expeditos que signifiquen un remedio efectivo y real para los agraviados.

## **2. Particularidades.**

### *2.1. En materia de indemnización de perjuicios.*

Dispone el artículo 25 del proyecto que: "Con motivo de la ejecución de las obras a las que se refiere el artículo anterior (32), no se podrá trasladar a los indígenas de las tierras en que habitan. Si por motivos calificados así determinados por la CONADI, fuese necesario que excepcionalmente se les traslade, dicho traslado deberá efectuarse a tierras, en lo posible de igual calidad y cantidad, recibiendo además una indemnización de perjuicios si los hubiere, por este concepto. En todo caso, para estos efectos se deberá consultar a las comunidades involucradas y a la CONADI".

La disposición transcrita, no está exenta de apreciaciones variadas, es más -no obstante el carácter de "cosas" movibles y transportables que se les asigna a los indígenas "beneficiarios del proyecto", debe enfrentarse a las siguientes preguntas, que dejan en evidencia las torcidas interpretaciones que pueden llegar a plantearse sobre la referida norma:

a) el traslado aludido, ¿es de carácter temporal o permanente?

b) ¿Por qué, se pagará una indemnización de perjuicios?; debe recordarse que ésta, no es título de mera liberalidad -al modo de una asignación graciosa, que el Estado, por su Actividad de Fomento, decida otorgar al pueblo indígena-, sino que siempre lleva, en su concepción, un supuesto dañoso (la existencia de un daño (injuria) susceptible de repararse) proveniente ya de una relación jurídica contractual o extracontractual, cuyo valor (monto) en su contenido patrimonial es, normalmente, de determinación jurisdiccional, o ¿será que este daño puede transarse y cuantificarse sólo por la administración - CONADI-?

Es más, de conformidad a la norma, hay supuestos en los que no existe posibilidad de daño ("si los hubiere") ¿Cuáles son ellos?;

---

32 El artículo 24 del proyecto, expresa: "Facúltase a CONADI para señalar los criterios que deberán seguir las obras, proyectos, planes y programas que se realicen en Areas de Desarrollo Indígena. Podrá asimismo, expresar su opinión desfavorable cuando ellos no reúnan las características que haya determinado".

c) Se trata de una prerrogativa que incluso pudiese afectar a indígenas propietarios de tierras o a comunidades titulares de dominio indígena, ¿no estaremos frente a una expropiación encubierta? ¿Por qué no atribuir entonces derechamente una facultad -potestad- de tal naturaleza?, la respuesta es clara, sería del todo inconstitucional -como de hecho lo es la norma transcrita- de conformidad al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. Es más, no sólo la propiedad está agraviada -como derecho- sino que paradójicamente, bajo el pretexto del acto de reparación, se lesionan gravemente los legítimos derechos de los indígenas (ya vía de lesión en la propiedad, o de lesión a la igualdad ante la ley). La pregunta que debemos formularnos, es la siguiente: ¿En razón de qué reparación, el Estado chileno mantiene siempre condicionado el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, en abierta desigualdad de éstos frente al ordenamiento?

## 2.2. *En materia de inembargabilidad y derecho de propiedad.*

Finalmente, hemos recogido en este apartado, el tema de su encabezamiento, la inembargabilidad; método tan recurrido por el legislador, ya para privilegiar al Fisco y a los demás organismos de la Administración del Estado con personalidad jurídica, que de este modo quedan indemnes al cumplimiento ejecutivo de las sentencias que los condenen o bien para sentar bases de privilegio respecto de terceros que destruyen en definitiva, el derecho de prenda general de que tienen los acreedores en el ordenamiento. (33).

Antes de adentrarnos derechamente en el tema que nos ocupa, debemos destacar que no sólo existe la inembargabilidad como fenómeno, en beneficio de los indígenas, sino que además, se les impide -como se dijo- dividir por sí las tierras, debiendo obligatoriamente acceder a CONADI; se prohíbe además, el arriendo de tierras cuyos titulares sean comunidades indígenas (art.12), sólo pueden ser arrendadas las tierras de personas naturales indígenas por un plazo no superior a dos años; y en cuanto a la enajenación (art. 13), estas tierras sólo pueden ser adquiridas por personas naturales que sean indígenas, estando exentas del pago de contribuciones territoriales (art. 17).

Por último, el artículo 19, agrega que "Las comunidades indígenas gozarán del derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados, cementerios, canchas de nguillatún, campos deportivos, que sean de propiedad fiscal.

En el caso que no se cumpliera lo establecido en el inciso anterior, las comunidades tendrán acción de reclamación ante el juez competente, quien

---

33 Gira en forma obvia, sobre la idea permanente de la incapacidad del indígena, el que de este modo -cual sujeto interdicto; al modo de un incapaz-, queda impedido de acceder a las afluentes normales del sistema financiero, haciéndolo FISCO-DEPENDIENTE, e impidiéndole por ende, el desarrollo de sus propias y personales aptitudes. Asienta el desarrollo de la actividad de los indígenas, sobre la base de un estado-protector, que, con seguridad, a poco andar va a expresar sus graves deficiencias, ya en el orden de los beneficios que entrega, ya en el orden del establecimiento de privilegios, que siempre tasantan la natural presencia humana en el desarrollo de las actividades del Estado.

en única instancia y sin forma de juicio adoptará las medidas pertinentes para restablecer el imperio del derecho (34).

Los inmuebles referidos en el inciso primero, de propiedad fiscal, a petición de las comunidades indígenas interesadas, les serán transferidos en dominio. Al efecto, mediante Decreto Supremo expedido a través del Ministerio de Bienes Nacionales, se calificarán y determinarán aquellos bienes. El Director Nacional de la Corporación de Desarrollo Indígena, con el sólo mérito de copia autorizada del Decreto Supremo mencionado requerirá de las reparticiones correspondientes las inscripciones y anotaciones que procedan".

Debemos advertir, que esta norma, en los términos transcritos será fuente gravísima de conflictos interorgánicos, ya que si bien se trata sólo de bienes fiscales, (35) la indeterminación de ellos, determinados por el ámbito de actividades a realizar por las comunidades indígenas, y los diferentes órganos que actúan bajo esta personalidad jurídica, producirá obviamente serias contiendas. A modo de ejemplo, la norma es de tal amplitud, que bajo una visión errada, una cancha de fútbol o un complejo de actividades deportivas del ejército, facilitado desde tiempos remotos a grupos de indígenas para la celebración de sus actividades, podrían ser objeto de una pretensión, como la que ampara la norma (36).

Retornando al contexto originario de este capítulo, y como advertíamos, el artículo 9 del proyecto, establece un principio general que expresó en la parte final de su inciso primero (37) del modo siguiente: "En aras del interés nacional estas tierras gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción. Sólo se permitirá su enajenación en favor de otro indígena".

El concepto planteado, es -en nuestro parecer- erróneo; en efecto, al impedir su enajenación, su embargo, su gravamen y la correspondiente prescripción, está petrificando la situación patrimonial del pueblo indígena, incrementando de este modo un círculo de la pobreza, en que se ha sumido a estos nobles pueblos, e impidiéndoles que por la vía del trabajo, las nuevas tecnologías y la circulación de la propiedad, puedan -ya personal o colectivamente- enfrentarse a su particular e individual destino. El Estado no ha sido -en la

---

34 Se debe destacar la impropiedad de lo transcrito. En efecto ¿qué debe cumplirse del inciso anterior para la operatividad de la acción concedida? Se trata de una suerte de "recurso de protección", ante el juez inferior debiendo por ello, admitir una redacción más acorde con la naturaleza del agravio, por ejemplo. "En el caso que se realizaren actos u omisiones que impidan el ejercicio del derecho establecido precedentemente, las comunidades...".

35 Que en propiedad son del FISCO, esto es de bienes generales de la nación, pertenecientes a la llamada administración centralizada.

36 Es de tal amplitud la norma transcrita, que por excesiva peca. En efecto, señala "los cementerios"; a nuestro entender, hoy no existen cementerios fiscales, pues o son parroquiales o municipales.

37 Esta norma hace profusa exposición atinente a la propiedad indígena, ya de 1866 hasta el D.L. 2.695/80; sin embargo, ya desde 1813 la legislación venía regulando lo concerniente a las tierras y a la protección del indígena, que con diversos matices abarcaron normas de 1819, 1823, 1869, 1874, 1875, 1877, 1883, 1892, 1893, 1898, 1900, 1903, 1904, 1911, 1912 y 1913; es más, recientemente se agrega además la ley N° 19.134 (D.O. 13.04.92), que introduce modificaciones a la ley N° 17.729.

historia contemporánea- un forjador adecuado de destinos, ni ha podido suplantar la inigualable riqueza individual. Su función natural es el bien común, y para ello, ha privilegiado nuestro ordenamiento el principio de subsidiariedad; es por eso, que cuando el Estado se aparta de dicho fin (38), la natural mezquindad del hombre -soporte de la actuación del Estado- termina corroyendo el inicial camino de bienestar demarcado y planificado por los jefes. No es, por ello, el rol del Estado, enfrentar y mantener a los individuos -que conforman los diferentes pueblos indígenas-, en un permanente grado de interdicción, ya con su propiedad (39), ya con su vida en la sociedad (40), ya con el establecimiento de particulares y desiguales beneficios económicos (41). En síntesis, la norma analizada, no se adecúa ni con el texto, ni con el espíritu de la Constitución Política de 1980.

---

38 Artículo 1º de la Constitución Política.

39 Lo que viola el artículo 19 N° 24 de la C.P.

40 Lo que atenta contra el artículo 19 N° 2, esto es la igualdad ante la ley.

41 Art. 19 N° 21; y 19 N° 22, ambas de la C.P.