

EN LO PRINCIPAL: Recurso de Casación en el Fondo

OTROSI: Patrocinio del Recurso

I. Corte de Apelaciones

██████████, por la parte del demandante don ██████████
██████████
██████████
██████████1, sobre inexistencia y/o reivindicación de
tierras mapuche, en procedimiento indígena Ley 19.253, caratulados
██████████", en autos Rol de Ingreso a Corte N° Civil-330-
2019, a USI., respetuosamente, digo:

Que, siendo parte agraviada y encontrándome dentro de plazo legal, vengo en interponer fundado Recurso de Casación en el Fondo, de conformidad con el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, en contra de la Sentencia Definitiva de Segunda Instancia, dictada en estos autos por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 25 de Junio de 2020, en tanto esta parte estima que la Sentencia de esta I. Corte ha sido pronunciada con infracción de ley en la interpretación y en la aplicación de la misma, y esa infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la Sentencia; y a fin de que se invalide en lo pertinente dictando Sentencia de Reemplazo que, en su lugar, revoque la Sentencia Recurrída que rechaza la demanda, en base a los principales antecedentes de hecho y de derecho que se exponen a continuación:

1- En cuanto a la procedencia del recurso:

La Sentencia Recurrída cumple con los requisitos que al efecto establece el art. 767 del Código de Procedimiento Civil:

“El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.”

En efecto, se trata de una Sentencia Definitiva de segunda instancia inapelable, dictada por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, notificada en el estado diario del día 25 de Junio del año en curso.

2- Requisitos: el art. 772 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“El escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo deberá:

1) Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y

2) Señalar de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Si el recurso es en la forma, el escrito mencionará expresamente el vicio o defecto en que se funda y la ley que concede el recurso por la causal que se invoca.

En uno y otro caso, el recurso deberá ser patrocinado por abogado habilitado, que no sea procurador del número.”

3- Infracciones de Ley cometidas en la Sentencia:

Infracción en cuanto a la interpretación y aplicación de las leyes 17.729, 19.253, Convenio 169 de la OIT; no haber reproducido en lo dispositivo de la Sentencia de segunda instancia, las consideraciones que modifican la Sentencia de primera instancia; infracción a las leyes reguladoras de la prueba, ponderación de los documentos acompañados por esta parte acerca de la cadena de inscripciones y, en definitiva no fallar el fondo del asunto en la demanda principal y/o la subsidiaria reivindicatoria, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, y en cambio, instando a éstas a seguir judicializando el conflicto de derechos reales planteados en la demanda.

La demanda versa sobre la inexistencia del acto jurídico: escritura suscrita con fecha 5 de Octubre de 1983 ante el Notario de Villarrica [REDACTED]

Esta escritura por la cual doña [REDACTED], la segunda cónyuge de don [REDACTED], cede su porción conyugal a don [REDACTED]

[REDACTED] Hago presente que doña [REDACTED] nació en 1885 y registró su nacimiento en 1962 y no sabía leer ni escribir... Ella no tuvo descendientes con don [REDACTED]. Sin embargo, éste con su primera cónyuge tuvo descendientes: [REDACTED]. Por lo que al fallecer su madre, éstos adquirieron la posesión legal de la herencia en la parte que a ésta le correspondía, al ser el predio un bien propio de don [REDACTED]. Y, al fallecer su padre heredaron a éste, conjuntamente con

doña [REDACTED], quien tenía derecho sólo a la porción conyugal, y para el caso que fuera pobre...

Hago presente a USI que en cuanto a la sucesión por causa de muerte, si bien se trata de un modo de adquirir el dominio, no constituye enajenación, pues no transfiere el dominio sino que lo transmite Y NADIE PUEDE TRANSMITIR MAS DERECHOS QUE LOS QUE TIENE! Sin embargo, el Código Civil menciona los siguientes derechos susceptibles de cesión: los derechos personales o títulos de crédito, los derechos litigiosos y los derechos sucesorios. En cuanto a estos últimos, ellos se encuentran referidos a la calidad de heredero que tenga el cedente al momento de la cesión, y además, siendo esta cesión a título oneroso, debe responder de su calidad de heredero. Por lo tanto, siendo la cesión una tradición, es decir, un modo de adquirir, se debe ajustar a las normas que establece el Código Civil a este respecto, sin poder excederse de las mismas. El dominio no nace con el adquirente, sino que viene de otra persona, el tradente. En esto, la tradición se parece a la sucesión por causa de muerte y se diferencia de la ocupación, la accesión y la prescripción. Esta característica de la tradición determina los derechos que el adquirente obtiene con ella. Siendo derivativo, este modo no transfiere al adquirente más derechos de los que tenía el tradente, y tratándose de una norma prohibitiva la del art. 5° de la ley 17.729, la cesión es inexistente. En efecto, no hubo facultad de la cedente para ceder ese derecho y por parte del cesionario no hubo capacidad para adquirirlo. Por otra parte, siendo el Convenio 169 de la OIT, una norma a la cual el Estado de Chile adscribió, constituye una disposición de carácter constitucional que debe ser reconocida y no puede ser omitida y menos vulnerada por el Sentenciador.

Por último, el precepto sobre propiedad indígena, reviste el carácter de norma especial, por lo tanto prima sobre la norma ordinaria y atendido que establece restricciones específicas debe primar sobre el resto y procede hacerse aplicable su normativa por sobre toda otra norma de derecho común.

Esto, ni el juez a quo ni el juez ad quem lo han consignado en sus fallos...

El artículo 5 de la Ley 17.729 de indígenas que regía al momento de celebrarse el contrato de cesión de la porción conyugal a don [REDACTED], disponía:

*“ARTICULO 5º- Los ocupantes no podrán enajenar, gravar ni dar en arrendamiento o aparcería los goces que posean en la reserva, **ni los derechos que les correspondan en la comunidad**, excepto en favor de otro u otros miembros de la misma que vivan o trabajen en la reserva, siempre que obtengan la autorización a que se refiere el artículo 7º.”*

El artículo 13 de la Ley 19.253 que entró en vigencia en 1993 y que nos rige actualmente, establece:

“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.”

Y, el artículo precedente, es decir, el artículo 12 de la ley 19.253, determina qué inmuebles deben ser considerados como “tierras indígenas”, estableciendo cuatro categorías o fuentes de las que emana tal calidad. La norma habla de las tierras “provenientes de los siguientes títulos”. La doctrina advierte que la voz “provenientes” alude incluso a títulos remotos, sin que sea necesario que el título sea el antecedente inmediato de la propiedad:

*“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.*

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

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

La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales.”

Con respecto a las otras formas que el Estado ha usado para otorgar títulos de dominio a personas indígenas como el decreto ley N° 2.695 de 1979, la Corte Suprema ratificó una Sentencia que resolvió que tierras ocupadas por personas indígenas, provenientes de una regularización efectuada a favor de una persona indígena a través del DL N° 2695 son tierras indígenas (Corte Suprema, Rol 3.621-2017; en el mismo sentido, Rol N° 4.384-2007 y Rol N° 9.781-2011. Con mayor razón aún si se utilizó este mecanismo legal por los herederos de don [REDACTED] para sanear el dominio de tierras que constituían la comunidad indígena [REDACTED] -y que habían heredado legalmente-, como lo fue el predio Lote N° 34 adjudicado a don [REDACTED] [REDACTED] Esto, debido a que el [REDACTED] inscribió todo el predio de 16,25 has. a su nombre, como único heredero de don [REDACTED] en virtud de la cesión de derechos sobre la porción conyugal de la segunda cónyuge de don Cesareo, doña [REDACTED], aduciendo que ninguno

de los dos tenía herederos. Hago presente a US. que de los dichos de los testigos se desprende que no pudo el cesionario desconocer la existencia de los legítimos herederos de don [REDACTED] por lo que inscribió la posesión efectiva como heredero universal y especial de herencia en la totalidad del predio, a su nombre, con evidente mala fe. Con el agregado que los herederos de don [REDACTED] que son todos indígenas, nunca dejaron de ocupar dichas tierras en propiedad o posesión. Lo jurídicamente relevante es la posesión indígena de las tierras emanadas de los títulos señalados al momento de entrada en vigor de la Ley 19.523. Con aún mayor claridad se pronunció en este sentido la Corte Suprema en un caso en que revisó la negativa del Conservador de Bienes Raíces de Temuco a inscribir una compraventa, invocando la prohibición de enajenación de tierra indígena. En la oportunidad, la Corte señaló explícitamente que lo decisivo era si al momento de entrar en vigor la Ley 19.523, la tierra se encontraba o no en posesión indígena: Que el artículo 12 de la Ley 19.253, precisa qué debe entenderse por tierra indígena y al respecto se dice que si al momento de entrar en vigencia la Ley 19.253 (1993), la tierra se encontraba en posesión de una persona indígena, (en este caso de don S.I y de I.L.L.), no pierde dicha calidad por transferencias posteriores, Corte Suprema, Rol 36.728-2015.

Asimismo, conforme a la primera parte del artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT *“deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”*.

El espíritu y la letra de las normas sobre Pueblos Originarios vigentes en Chile y en el resto de Latinoamérica es la protección de las tierras indígenas. El artículo 1 de la Ley 19.523 establece el deber social y estatal de “proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio

ecológico y propender a su ampliación”. Por su parte, el artículo 13 de la Ley 19.523, establece una serie de restricciones a la libre disposición sobre estas tierras, invocando para ello el interés nacional. Conforme a este art. 13, las tierras indígenas “no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.” Para la Corte Suprema, esto refleja el interés del Estado por proteger lo que se denomina como patrimonio indígena, entendiendo, como lo han hecho la doctrina y jurisprudencia internacional, “que el derecho a la tierra de los pueblos indígenas del continente es un prerrequisito indispensable para el goce de los otros derechos fundamentales”. En cuanto el territorio ancestral de dichos pueblos correspondería a un legado cultural de importancia fundamental en su cosmovisión, religiosidad e identidad cultural particular, ...idea que es reconocida expresamente por nuestro legislador en el artículo primero de la Ley 19.523 en referencia, al reconocer en la tierra “el fundamento principal de su existencia y cultura”. El principio general es que las tierras indígenas sólo pueden ser objeto de negocios jurídicos entre personas y comunidades de la misma etnia indígena.

En el caso sub-lite, a través del mecanismo de la cesión de derechos hereditarios, se utilizó éste para soslayar con éxito la prohibición del art. 13 de la Ley 19.523, y más aún para despojar a los verdaderos herederos de la etnia mapuche, de todos sus derechos hereditarios.

Recientemente, con fecha 10 de abril de 2019, la revista virtual INTERFERENCIA, acusa en Pucón “El sistema para vender tierras mapuche a no indígenas sin despertar las alarmas”. Indica que “ *En cuanto a la cesión de derechos hereditarios, la estrategia consiste en que los deudos de un mapuche fallecido venden su porcentaje de la herencia -la que normalmente*

es sólo tierras- a un tercero que es chileno. Al ser entendida la herencia en el derecho sucesorio como una unidad entitativa que no necesita expresar lo que se es en concreto, el reparto de los distintos deudos se expresa solamente como una fracción, por lo que al adquirir dichos derechos de herencia por un tercero, se puede ocultar el hecho de que se trata de tierras, en estos casos, indígenas.”

Viene a reforzar lo anterior, la ratificación del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que entró en vigencia en nuestro País el 14 de Octubre de 2008.

En su mensaje indica:

“Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;...

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;... ”

“ Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.”

“Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.”

“Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. ...”

“ PARTE II. TIERRAS

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. **Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.** Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”

Y, los Tratados deben ser respetados, “*pacta sunt servanda*”.

Los derechos esenciales del ser humano están fundados en los atributos que les son consustanciales, desvinculándolos del reconocimiento que les brinde un determinado Estado al ser anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico. Esto se desprende de lo contenido en el artículo 5° de la Carta Fundamental, la cual en su inciso 2°, prescribe que el ejercicio de la Soberanía Interna del Estado se encuentra limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, constituyéndose en un deber de los Organos del Estado respetarlos y promoverlos.

Nuestro sistema jurídico ha regulado desde los primeros tiempos de la República el proceso de aprobación de los tratados, entregando su conclusión, firma, ratificación, formulación o retiro de reservas al Presidente de la República; su conformidad al Congreso **y la aplicación a los Tribunales de Justicia en los juicios en que conoce,** al igual que todas las disposiciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico. Aplicación de cuyas normas no se ha verificado ni por el Tribunal a quo, ni por el ad quem. Y, el sistema jurídico en su conjunto debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma. En ese sentido, la Corte Interamericana ha expresado que los jueces del foro conocen y deben aplicar el derecho convencional, *Iura Novit Curia*, no tan sólo por ser legislación internacional ratificada por los Estados que suscribieron el Convenio 169 de la OIT, sino además, por cuanto al ser aplicable como normativa vigente, constituye también derecho interno y como tal debe ser respetado y empleado por los magistrados del mérito.

En ese sentido, la Corte Suprema falló a favor de una persona mapuche dejando sin efecto el contrato de arriendo a 99 años, en la Causa Rol 23.194-

2018. Ya que ese fue otro medio para torcerle la nariz a la ley de indígenas y los principios que la inspiran.

En la demanda de inexistencia, los puntos a probar resueltos por el Tribunal a quo fueron dos, a saber:

“1- Efectividad que el acto de fecha 5 de octubre de 1983 reúne los requisitos para haber nacido a la vida jurídica.

2- Efectividad que las partes que suscribieron el contrato de fecha 5 de octubre de 1983, ostentaban la calidad de indígenas”

El art. 341 del Código de Procedimiento Civil expresa claramente:

“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones.”

Se constata que en la apreciación de la prueba se han trasgredido las reglas de la lógica, desde el momento en que no se han considerado los demás elementos planteados por la demandante que demuestran que los demandados don [REDACTED] y demás transferidos, en primer lugar ninguno ostenta la calidad de indígena y por ende no han podido adquirir por cesión “ningún derecho que les correspondiera en la comunidad” según el art. 5 de la Ley 17.727 -vigente al momento de la contratación-, y que en todo caso, el demandado [REDACTED] no podía inscribir más derechos que los que le transfirió por cesión doña [REDACTED], por lo tanto el acto de fecha 5 de Octubre de 1983 es inexistente y no pudo haber nacido a la vida jurídica.

En el caso de autos, existe una grave infracción en el modo de apreciar la prueba, ya que el peritaje dio cuenta de que el predio que habitan los demandantes corresponde exactamente al Lote 34 adjudicado a don [REDACTED] [REDACTED] de la Merced de tierras de don [REDACTED] y la prueba documental da cuenta de la superposición de títulos que se inicia precisamente a partir de la cesión de derechos hereditarios a don [REDACTED] -porción conyugal de la segunda cónyuge de don [REDACTED]- que éste utiliza para hacerse pasar por único heredero de ambos.

Ni el sentenciador de primera ni el de segunda instancia aplicaron las normas hereditarias, ni ponderaron la prueba documental, ni la pericial con la cual llegaba a la conclusión que el predio objeto del conflicto: Lote 34 adjudicado a don [REDACTED] de tierras de don [REDACTED] coincide con el predio poseído y ocupado inmemorialmente por los demandantes, en forma pacífica y sin interrupción.

El peritaje indica que:

“VIII. CONCLUSIONES FINALES: Sobre la base de los antecedentes expuestos en el cuerpo de este Informe Pericial, el Perito que suscribe viene en establecer las siguientes CONCLUSIONES FINALES y relacionadas con el Objetivo de este Peritaje:

VIII.1 QUE: SEGÚN EL CONTROL CARTOGRÁFICO Y DE TERRENO DE LOS LOTES INVOLUCRADOS LA SUPERFICIE TOTAL QUE OCUPAN LOS PREDIOS DERIVADOS DEL LOTE N°34 Y QUE OCUPAN LOS DESLINDES ORIGINALES, ES LA QUE SE INDICA EN CUADRO SIGUIENTE:

PREDIO PROPIETARIO/A ORIGINAL SUPERFICIE HA. PROPIETARIO/A ACTUAL

SAN JUAN [REDACTED] [REDACTED] C. 2,25 SUC. [REDACTED] [REDACTED]
SAN JUAN (PARTE) [REDACTED] [REDACTED] M. 0,50 [REDACTED] [REDACTED] M.
BELLAVISTA LOTE b [REDACTED] C. 5,73 [REDACTED]. e HIJOS
BELLAVISTA LOTE a (P) [REDACTED] C. 0,16 [REDACTED]. e HIJOS
SAN VICENTE [REDACTED] 3,75 SUC. [REDACTED] (PARTE)
SIN NOMBRE [REDACTED] 2,93 EN PROCESO REGULARIZACIÓN
TOTAL 15,32

PARA LLEGAR A LAS 16,25 HÁ. ORIGINALES DEL LOTE N°34, FALTAN 0,93 HÁ., M/M UN 5,72%, VALOR MUY RAZONABLE Y ACEPTABLE, LO QUE PODRÍA DEBERSE A VARIACIONES DERIVADAS DE QUE EN LA ACTUALIDAD LOS DESLINDES NO SON LÍNEAS RECTAS PERFECTAS COMO LAS QUE SEÑALABAN EN SU TÍTULO ORIGINAL, ESPECIALMENTE RESPECTO DE SUS DESLINDES, NORTE, HOY EL CAMINO PÚBLICO A TERMAS DE SAN LUIS, Y, ESTE, CAMINO VECINAL.

CONSECUENTEMENTE, LA SUMA DE LAS SUPERFICIES DE LOS PREDIOS EVALUADOS CORRESPONDERÍAN PRÁCTICAMENTE A LA SUPERFICIE DEL LOTE N°34. EN EL CASO DEL PREDIO SAN VICENTE ORIGINALMENTE DE DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], SUS HEREDEROS SUBDIVIDIERON EN 5 LOTES ADJUDICÁNDOSE CADA UNO UN LOTE DE LOS CUÁLES 2 (LOTES 3 Y 5) SE ENAJENARON A TERCEROS, (DETALLE EN PLANO DE SITUACIÓN ACTUAL).

VIII.2 QUE: NO OBSTANTE LA ENAJENACIÓN A TERCEROS DE LOS LOTES DE LA SUBDIVISIÓN DEL PREDIO SAN VICENTE, LOTES 3 Y 5, Y PARTE DEL LOTE “a” DEL PREDIO BELLAVISTA, EL RESTO

CONTINÚA OCUPADO Y UTILIZADO POR LOS HEREDEROS DIRECTOS DE DON [REDACTED] INCLUYENDO PREDIO EN PROCESO DE REGULARIZACIÓN.

VIII.3 QUE: PARA LA MEJOR COMPRENSIÓN DE TODO LO ARRIBA DESCRITO, SE ADJUNTA PLANO RESPECTIVO, BASE AL RECONOCIMIENTO DE TERRENO, CONTROL DE PUNTOS REFERENCIALES, DESLINDES Y VERIFICACIÓN DE OCUPACIÓN Y PROPIETARIOS Y LA CARTOGRAFÍA BASE, ESTOS ES, PLANO LOTE N°34 Y DE SANEAMIENTOS CON APOYO DE FOTOGRAFÍA AÉREA GOOGLE EARTH.”

Nuestro Código de Procedimiento Civil así lo recoge en el art. 341, al contemplarlo como un medio de prueba, con características propias -a través de la garantía de la imparcialidad- que la diferencian de la testimonial y de la inspección personal del Tribunal. Carnelutti considera además que *“el perito es un sujeto, el testigo es un objeto del proceso; el uno y el otro proporcionan al Juez noticias, pero el origen de éstas es diverso: la ciencia del perito se forma en el proceso, y la ciencia del testigo fuera del proceso, en el sentido de que el primero actúa para lograrla en cumplimiento de un encargo del juez y el segundo sin encargo alguno.”*

Y la forma como nuestra legislación procesal civil protege la imparcialidad de la prueba pericial, es haciendo aplicable al perito las normas sobre inhabilidad de los testigos.

Es por ello que Tartuffo señala que *“se pide que el juez motive específicamente su resolución sobre el resultado de la prueba pericial, sobre todo cuando su valoración difiere de la del perito”*. Lo que en el caso de autos

NO HA OCURRIDO. El Tribunal tiene la facultad de apartarse del criterio expuesto en el dictamen pericial, siempre y cuando pueda fundamentar correctamente el punto de vista propio. Y, en el caso de autos, el sentenciador de primera y segunda instancia no fundamentaron la valoración de la prueba pericial a la luz de los puntos de prueba fijados por el juez a quo y que no fueron objetados por las partes.

Nuestra jurisprudencia ha señalado también, en reiteradas oportunidades, que a pesar de que la Ley no entrega un concepto de lo que es “sana crítica” en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, aporta algunos parámetros que deben tenerse en cuenta la hora de efectuar el análisis y la correspondiente ponderación de los diversos medios probatorios legalmente incorporados al juicio, en consecuencia estima que la sana crítica *“es un método razonado y reflexivo de analizar el material probatorio acompañado al juicio, análisis que debe enmarcarse dentro de los límites de la lógica formal, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”*

En definitiva, y con todos los antecedentes documentales de la parte demandante más el peritaje, no pudo llegarse a otra conclusión que el predio supuestamente heredado en su totalidad -como lo asevera la Sentencia del juez a quo- correspondía al Lote 34 adjudicado por Merced de Tierra a don [REDACTED]. Como asimismo que los lotes regularizados por los legítimos herederos de don [REDACTED] que ocupan sin interrupción y en forma pacífica desde la adjudicación de la Merced se encuentran dentro del Lote 34. Y, por ende son tierras indígenas que les pertenecen a sus actuales dueños.

Respecto de la procedencia del Recurso de Casación en el Fondo por infracción a las normas reguladoras de la prueba, nuestra Excma. Corte

Suprema en Sentencia de fecha 25.10.2010 en Causa Rol 5880-2008 ha señalado en su considerando Vigésimo Primero: *“Que, en consecuencia, concurre la causal de casación por infracción de leyes reguladoras de la prueba. A este respecto debe olvidarse que cabe entender vulnerados este tipo de normas principalmente cuando los sentenciadores invierten el onus probando o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran la precedencia que la ley les diere...”*

Modo en que los errores de derecho enunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo:

La Resolución que recibió la causa a prueba, fijó en primera instancia como puntos de prueba:

En la demanda de inexistencia, los puntos a probar resueltos por el Tribunal a quo fueron dos a saber:

“1- Efectividad que el acto de fecha 5 de octubre de 1983 reúne los requisitos para haber nacido a la vida jurídica.

2- Efectividad que las partes que suscribieron el contrato de fecha 5 de octubre de 1983, ostentaban la calidad de indígenas”

Con respecto a los puntos de prueba, el juez a quo indicó en su Sentencia:

“Por lo anterior la declaración de inexistencia de la cesión de derechos hereditarios sobre la porción conyugal de doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] de fecha 5 de Octubre de 1983 ante el Notario de Villarrica [REDACTED] [REDACTED] y de todos los actos posteriores que

derivan de ésta, en el evento de infringir la normativa legal vigente al momento de su dictación, adoleció de nulidad absoluta, sanción que se saneó o convalidó a todo evento transcurrido el máximo plazo de 10 años sin que se solicitara pronunciamiento judicial para anular tal negocio jurídico y sin mediar declaración oficiosa de parte de la Justicia al efecto.

Que, por estas solas consideraciones, no cabe más que desechar la pretensión de declarar o más bien constatar la inexistencia del acto jurídico que habría nacido a la vida jurídica viciado por haber infringido la normativa sustantiva vigente al momento de su celebración, ya señalada. Así se dirá en la parte resolutive de este fallo:

En cuanto al FONDO:

Que se rechaza en todas sus partes la Demanda de Inexistencia”

“EN CUANTO A LA DEMANDA RECONVENCIONAL DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA:

Que SE ACOGE EN TODAS SUS PARTES, la Demanda de Prescripción Adquisitiva opuesta por vía reconvencional. En consecuencia SE DECLARA que don [REDACTED], en su oportunidad, adquirió los bienes dejados al fallecimiento de don [REDACTED] ya referidos en el libelo de marras, por el modo de adquirir prescripción adquisitiva”

El fallo de Segunda Instancia se limita a expresar en la parte Resolutive del fallo que “...SE CONFIRMA, la sentencia definitiva de primera instancia apelada de fecha 8 de febrero de dos mil diecinueve de estos autos...”

No se hacen cargo ambos fallos, de la legislación vigente al momento de contratar: Ley 17.729, que en su art. 5° disponía que:

*“ARTICULO 5°- Los ocupantes no podrán enajenar, gravar ni dar en arrendamiento o aparcería los goces que posean en la reserva, **ni los derechos que les correspondan en la comunidad**, excepto en favor de otro u otros miembros de la misma que vivan o trabajen en la reserva, siempre que obtengan la autorización a que se refiere el artículo 7°.”*

Tampoco se hacen cargo de que el derecho real de herencia se transmite y no se transfiere por lo que la cesión, si es que US. Excma. estima que operó, sólo se ha de limitar a la porción conyugal de doña [REDACTED]

Asimismo, ambos jueces a quo y ad quem no se hacen cargo en lo resolutivo de las sentencias de las regularizaciones, por los legítimos herederos de don [REDACTED] del *“dominio de gran parte de la extensión material del bien raíz hereditario principal de la herencia por el modo prescripción adquisitiva de corto tiempo al amparo del Decreto Ley N° 2695...”* Sugiriendo en su parte considerativa tercera, el juez ad quem ... *“los que deben quedar excluidos de la herencia en el que el demandante reconvencional se ha constituido como único heredero universal, en cuanto sea procedente en derecho.”*- que esto se debiera ventilar en otro juicio, ya que no se pronuncia en lo resolutivo del fallo de segunda instancia, judicializando aún más el asunto y no resolviendo en el sentido de establecer derechos permanentes entre las partes.

Ninguno de los fallos de primera o segunda instancia se hacen cargo de las evidencias encaminadas a probar *“...cual cadena de inscripciones es la que ha de prevalecer en la determinación del verdadero dueño, cuestión que no puede ser resuelta en el presente juicio sino que uno diverso de carácter declarativo, correspondiente a una acción de mera certeza de dominio ...”*

Con lo que el juez ad quem deriva derechamente a las partes a enlazarse en otro juicio, sin resolver ni siquiera a la luz de las regularizaciones, que las inscripciones de papel que abarcan toda la propiedad son nulas, porque no representan la realidad actual, en cuanto al dominio del predio. Y la parte demandada podría seguir vendiendo todo el predio a otro tercero, que se vería enfrentado a litigar contra los actuales poseedores inscritos que regularizaron en virtud del DL 2695. Lo que pugna con el mandato de las leyes y tratados invocados en esta presentación a los Tribunales de Justicia en orden a resolver las controversias de indígenas reconociendo **“a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”**

Con lo anterior el sentenciador de primera y segunda instancia rechazaron pruebas que la ley admite, aceptaron las que la ley rechaza -cesión de derechos sobre porción conyugal prohibiéndolo el art. 5 Ley 17.729-, desconociendo el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso y alterando la precedencia que la ley les diera.

En consecuencia, de no haber existido tales errores de derecho o infracción de leyes, la sentencia recurrida hubiera debido necesariamente revocar la de primer grado, acogiendo la demanda por haberse demostrado la inexistencia de la cesión de derechos hereditarios de doña [REDACTED] a don [REDACTED]

Se demuestra así, que la influencia de las infracciones denunciadas sobre las que descansa el presente recurso, resultaron determinantes para la decisión de la I. Corte de Apelaciones que, debiendo acoger el reclamo deducido, lo rechazó. No existe modo más gráfico de demostrar la influencia en lo dispositivo del fallo que las infracciones de derecho enunciadas.

Conclusión:

La Sentencia de segundo grado, recurrida por medio del presente Recurso de Casación en el Fondo por infracción de las leyes reguladoras de la prueba y demás leyes referidas, contiene múltiples errores de derecho, todos ya latamente explicados y analizados, de modo tal que procede su anulación y dictar en su reemplazo una Sentencia que, aplicando correctamente la ley, revoque la Sentencia de primer y segundo grado que acoge la demanda reconventional de prescripción adquisitiva, en todas sus partes.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, demás normas aplicables y legislación citada,

A USI. RUEGO: tener por interpuesto el presente Recurso de Casación en el Fondo en contra de la Sentencia Definitiva de segunda instancia de fecha 25 de Junio del año en curso, dictada por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, declararlo admisible, acogerlo a tramitación, y concederlo para ante la Excma. Corte Suprema, ordenando elevar los autos, a fin de que dicho Tribunal Superior, conociendo del presente recurso invalide el fallo recurrido, y conforme a lo señalado en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, dicte la correspondiente Sentencia de Reemplazo que corresponda con arreglo a la Ley, en razón de existir infracción de Ley y haber influído ésta en lo dispositivo del fallo, para que en definitiva:

- 1- Revoque la Sentencia de segundo grado que rechaza la demanda.

2- Que se acoge la demanda de inexistencia.

3- Que para el caso que SS Excma. estime que el contrato de fecha 5 de Octubre de 1983 es válido, se anulen las inscripciones que deriven de ella - que comprenden todo el predio adjudicado a don [REDACTED] - y se indique que sólo la partición de la herencia entre los herederos de don [REDACTED] y la porción conyugal cedida a don [REDACTED] pondrá fin a la comunidad que recae sobre la universalidad jurídica.

4- Que se reconoce que las regularizaciones de acuerdo al DL 2695 son terreno indígena y que pertenecen a los actuales propietarios y poseedores inscritos de la misma etnia, que además son legítimos herederos de don [REDACTED] los cuales deben excluirse de la comunidad hereditaria.

4- Que se condena a la contraria al pago de las costas del recurso.

OTROSI: a USI. pido tener presente que en mi calidad de abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, con domicilio en calle [REDACTED] de esta ciudad, patrocinaré personalmente el presente Recurso de Casación en el Fondo y conservo el poder para actuar en el mismo.



