

LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE DERECHO INDÍGENA

ADEQUATE JUDICIAL PROCEDURE CONCERNING INDIGENOUS LAW

Comentario a las sentencias de las Cortes de Apelaciones de Iquique, de 10 de mayo de 2011; de Concepción, de 19 de enero de 2011; y de Valdivia, 17 de marzo de 2008, que, respectivamente, revelan los problemas procesales que surgen en relación al presupuesto procesal relativo a la adecuación del procedimiento en litigios donde la contraparte tienen la calidad de indígena.

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL*

RESUMEN: La proliferación de procesos especiales determina que en la práctica surjan una serie de problemas para la correcta observancia del presupuesto procesal relativo a la adecuación del procedimiento. Uno de los ejemplos más recurrentes se da en causas donde la contraparte tiene la calidad de indígena. Esta situación provoca incidentes y declaraciones de nulidad, que alteran las reglas de procedimiento, y en algunos casos, el derecho de fondo aplicable.

Palabras clave: Procedimiento, adecuado procedimiento, litigios indígena, nulidad.

ABSTRACT: Proliferation of special procedures poses several practical difficulties to the observance of the formal requirement related to adequate judicial procedure. This is often the case when the litigation involves indigenous people. This situation triggers procedural issues and nullity, which alter procedural rules and, sometimes, the application of substantive law.

Key words: Procedures, adequate judicial procedure, litigation involves indigenous people, nullity.

1. EXPLICACIÓN GENERAL

1.1. LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En el plano teórico, cada acción debe ser tramitada conforme al procedimiento previsto por el legislador. Cuando ello no es así, surge lo que la doctrina procesal denomina como la inadecuación del procedimiento. Como bien lo explica Esparza, “el procedimiento en los ordenamientos que consagran la legalidad de las formas procesales como una garantía para las partes, que anticipadamente conocerán los cauces y las posibilidades en relación con un proceso concreto, y se configura también como una garantía para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional”¹.

* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular: “La generación de precedentes en el proceso chileno” (N° 1110917).

¹ ESPARZA (1996) p. 3.

A su turno, la incorrección en la aplicación del procedimiento legal puede generar una serie de ineficacias jurídicas, que surgen por el solo hecho de no haberse utilizado las reglas pertinentes para resolver el asunto o la materia que se somete al conocimiento del juez.

Explicado de otra forma, la utilización del procedimiento adecuado para conocer una determinada acción deducida en un juicio configura un "presupuesto procesal", esto es, una exigencia para poder válidamente dictar una resolución sobre el fondo, las cuales deben, además, observarse de oficio.

En principio la elección del procedimiento adecuado es una carga impuesta a la parte que impetra la tutela judicial o la intervención de los tribunales en un asunto de jurisdicción voluntaria, ello sin perjuicio del demandado o de otros terceros legitimados para instar por la correcta utilización del procedimiento que les asegure, efectivamente, su derecho de defensa. Junto con lo anterior, el juez o tribunal tiene la obligación de controlar de oficio este presupuesto procesal, para evitar que se produzca alguna ineficacia jurídica aneja a esta exigencia formal².

Todo lo anterior se explica porque el proceso es un instrumento previsto para otorgar protección jurídica, haciendo efectiva la justicia material³, a través del procedimiento adecuado establecido por el legislador.

Aunque el proceso conforma una unidad conceptual, es evidente que existe una diversidad de procedimientos, que son el conjunto de formalidades previstas por la ley para que los órganos jurisdiccionales actúen en la declaración del derecho, la aplicación de una sanción, la protección de garantías constitucionales, la creación o modificación de un estado jurídico, el cumplimiento forzado de una obligación, la protección cautelar o anticipada del derecho, etc.

1.2. LA VARIEDAD DE TIPOS DE PROCEDIMIENTOS

Existen una variedad de procedimientos, que pueden ser clasificados de diversos modos: a) declarativos, de ejecución, preparatorios, cautelares, probatorios; b) singulares y universales; c) de lato conocimiento, sumarios y sumarísimos; d) ordinarios y extraordinarios; e) ejecutivos ordinarios; ejecutivos hipotecarios y prendarios; ejecutivos singulares y ejecutivos universales; f) constitucionales, civiles, contencioso-administrativos, penales, laborales, de propiedad industrial, de propiedad intelectual, de constitución de servidumbres, etc. Conforme al art. 2 del CPC, "el procedimiento es ordinario o extraordinario. Es ordinario el que somete a la tramitación común ordenada por la ley, y extraordinario el que se rige por las disposiciones especiales que para determinados casos ellas establece".

En relación al proceso de declaración, la idea original de nuestro legislador fue que la mayor parte de los asuntos se decidieran a través del juicio ordinario reglamentado en el Libro II del CPC⁴. Para garantizar su aplicación el Título y artículo final del CPC dispuso

² El control de oficio de este presupuesto en nuestro medio cuenta con distintas vías, como el incidente de nulidad de todo lo obrado (art. 84 inc. final CPC); el recurso de casación en la forma de oficio.

³ PÉREZ RAGONE (2005) pp. 673-701.

⁴ CEPPELETTI (1972) pp. 34-45.

la derogación de todas las leyes preexistentes al 1 de marzo de 1903, incluso en lo que no le eran contrarias (salvo excepciones de derecho procesal orgánico).

No obstante lo anterior, es un hecho evidente que a partir de 1925 se comenzó a dictar una serie de leyes que, gradualmente, han ido alterando sustancialmente el sistema original recién referido, introduciendo una variedad de procedimientos de las más diversa índole. Esta situación ha llevado, entre otros problemas, a que la determinación del cauce procesal adecuado a la acción objeto del proceso se haya convertido en una actividad compleja, fecunda en ineficacias procesales que en muchas ocasiones dilatan indebidamente la respuesta jurisdiccional.

1.3. CRITERIOS TÉCNICOS PARA JUSTIFICAR LA DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS

Dentro de los criterios para sistematizar y explicar las razones de la variedad de procedimientos están los siguientes: porque los derechos subjetivos e intereses legítimos son diversos (cada derecho o interés debe constar con el instrumento procesal que garantice de mejor forma su protección jurisdiccional); por la cuantía del litigio; por la creación de un estatuto de privilegio para un determinado grupo; por la especial protección que se busca conceder a un determinado derecho o materia, por su relevancia económica o social. Normalmente estos criterios pueden actuar de consuno, al no ser siempre excluyentes.

En algunos casos, el surgimiento de esta variedad procedimental es el resultado de una regulación especial, que pretende dar respuesta a conflictos específicos, como es el caso de ciertos derechos personales o de determinados derechos de propiedad (como la minera, el derecho de aprovechamiento de aguas, las marcas, las patentes, entre otros).

La variedad de procedimientos hace que surjan una serie de problemas, específicamente, cuando su aplicación promueve restricciones en el ejercicio del contenido del derecho de defensa a una de las partes o porque, bajo el pretexto de una especialidad procesal, se pretende introducir una modificación al contenido sustantivo del derecho, al que se le asigna un contenido particular que no está del todo justificado⁵.

2. PROBLEMAS PROCESALES QUE SURGEN CON LA LEGISLACIÓN INDÍGENA

2.1. ANTECEDENTES GENERALES

Está siendo cada vez más frecuente en la jurisprudencia encontrar fallos que revelan dificultades en torno al procedimiento aplicable, cuando el sujeto pasivo pertenece a alguna de las etnias que, por mandato legal, conforman los denominados pueblos originarios.

Aunque podrían citarse varios ejemplos, entre los más significativos están:

- a) En relación a la constitución de servidumbres. Se ha discutido si existe una antinomia en la aplicación del procedimiento de constitución de servidumbre geo-

⁵ Por ejemplo, el derecho real de aprovechamiento de aguas ha ido variando en su contenido sustantivo, justificando una serie de reglas transitorias para dar respuesta a los derechos anteriores a 1981, fecha de promulgación del Código de Aguas.

térmica, previsto en la Ley N° 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica, y el regulado en la Ley N° 19.253, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas. Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Iquique, en sentencia de 10 de mayo de 2012 (Rol N° 53-2011), confirmó la decisión del Juez de letras de Pozo Almonte, pronunciada en los autos sobre constitución de servidumbre legal, caratulados “Energía Andina S.A. con Comunidad Indígena Cancosa”, rol C-54-2010. En dicho proceso, con fecha 23 de diciembre de 2010, se ordenó sustituir el procedimiento previsto en la Ley N° 19.657 por otro, regulado en la Ley N° 19.253. Conforme se lee en la sentencia que modificó las reglas de procedimiento, existiría un conflicto normativo, que fue resuelto de la siguiente forma: “A la luz de la solución de antinomias legales, por ser la norma de la Ley 19.657 más especial que la ley 19.253, ya que ordena lo relativo a un derecho, la servidumbre recaída sobre los predios superficiales donde se encuentra ubicada la extensión territorial cubierta por la concesión de energía geotérmica; y además, posterior a la ley N° 19.253, pues esta fue promulgada el 28 de septiembre de 1993, y la ley N° 19.657 lo fue el 21 de diciembre de 1999, debiera esta primar por sobre aquella, tomando en cuenta que la Ley Indígena en su artículo 56 se refiere a una generalidad de cuestiones (...)”. La sustitución se ordenó acogiendo la incidencia promovida por una comunidad indígena, que alegó el cambio de procedimiento por el hecho que las propiedades en disputa son histórico, sociocultural y jurídicamente tierras indígenas, en razón de su titularidad ancestral, invocando la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT⁶.

b) En la tramitación de una acción reivindicatoria. La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 19 de enero de 2011, Rol 1398-2010 (LegalPublishing: 47493) validó la nulidad de todo lo obrado conforme a la normativa del procedimiento ordinario, porque la hijuela tenía “la característica de ser un predio indígena”, y debió ser tramitado de acuerdo a las reglas de la Ley Indígena.

c) En relación al procedimiento adecuado para tramitar una acción de precario. Se declaró la nulidad de todo lo obrado en relación a la acción de precario deducida para la restitución de un predio que reclama el actor, en contra de una persona que tiene la calidad de indígena. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 17 de marzo de 2008, Rol N° 32-2008 (LegalPublishing: 38417) aceptó el incidente de nulidad de procedimiento promovido por el abogado del Programa de Defensa Jurídica de la Corporación Nacional del Desarrollo Indígena, en razón a lo que expresa la ley N° 19.253, la cual señala que aquellas cuestiones en que sean parte o tengan interés indígenas se deberán sustanciar de conformidad a las normas que la propia ley señala y sobre todo en el presente caso por cuanto la referida ley dispone

⁶ La resolución de del Tribunal de Alzada es la siguiente: “Iquique, diez de mayo de dos mil once. Visto: Se reproduce la sentencia en alzada en su parte expositiva, considerandos y citas legales, previa sustitución en el considerando Primero de la palabra “demandante” por “demandado”. Y teniendo además presente: El deber del Estado, recogido en el artículo 1° de la Ley N° 19.253, de proteger, entre otros bienes, principios o valores relacionados con los pueblos originarios, las tierras indígenas, velando “por su adecuada explotación”, se confirma la resolución apelada de veintitrés de diciembre de dos mil diez, escrita de fojas 88 a 91 de estas compulsas. Rol I. Corte N° 53-2011”.

que en los juicios de reivindicación o de restitución se aplicarán las mismas normas sea que los indígenas actúen como demandante o demandados. Según el considerando Sexto de la sentencia, “(...) la ley procesal civil autoriza a los tribunales para corregir de oficio los errores que se observen en la tramitación del proceso y lo faculta para tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento como ha ocurrido en la especie en que respecto de la acción deducida se ha seguido un procedimiento inidóneo atendida la calidad que detenta el demandado, por lo que se hace necesario respetar las disposiciones de la ley N° 19.253 normas de orden público y que responden al principio constitucional del “debido proceso y se incluye en este la efectiva oportunidad de derecho de defensa de aquel por la institución que lo patrocina. En virtud de lo anterior, se ordenó devolver la causa al estado de proveerse válidamente la demanda de fojas 8 y siguientes por el Juez no inhabilitado que corresponda, con el objeto de que se aplique en su tramitación todas y cada una de las disposiciones de la ley N° 19.253 por tener el demandado don Jaime René Rerequeo Caman la calidad de indígena”.

2.2. EL SENTIDO Y ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN INDÍGENA

Reconociendo que el tema tiene varias posibilidades de análisis, en relación a los problemas procesales que puedan surgir en la tramitación de un juicio, es importante considerar algunos elementos históricos.

Con la publicación de la Ley N° 19.253, el 5 de octubre de 1993, surgió un nuevo intento legal por dotar a los pueblos indígenas de una normativa, que comprendiera varios cuerpos legales y reglamentarios que, desde los albores de la República habían ido abordando esta temática. El objetivo de esta legislación, según sus promotores, buscaba establecer una relación diferente con los pueblos indígenas de Chile, dando cabida a sus legítimos derechos que surgen de su realidad cultural.

Sin embargo, la normativa anterior no es la única que ha establecido reglas procesales diversas para el tema indígena. Así, por ejemplo, la Ley 4.169 de 8 de octubre de 1927 (D.O. de 8 de septiembre de 1927) dispuso en su art. 1° que “un Tribunal Especial con asiento en la ciudad de Temuco, procederá a la división de las comunidades indígenas que tengan el título de merced”. De sus disposiciones queda claro que no consideraba a la comunidad indígena como algo *sui generis*, sino como una realidad jurídica que se debía liquidar⁷. La Ley N° 19.253 de 1993 reconoció esta realidad, al considerar como “tierra indígena” las concesiones otorgadas conforme a la ley de 1927. Luego, la Ley 4.802 (de 11 de febrero de 1930), “Establece los juzgados de indios y fija sus atribuciones”, creó cinco nuevos juzgados para dividir de oficio las comunidades indígenas que tuvieren título de merced otorgados con arreglo a una ley de 1866 (y sus modificaciones posteriores). En el art. 1°

⁷ El art. 5° dispuso que “el tribunal cuidará que las hijuelas en que se ha dividido la comunidad, queden deslindadas de un modo claro y preciso, y desde su inscripción, sus dueños tendrán la obligación de cerrarla, sin perjuicio de acogerse al artículo 846 del Código Civil”. El art. 7° dispuso la inscripción de las hijuelas de la partición en el registro de propiedad respectivo. Por último, esta ley dispuso en su artículo transitorio y final que, “terminada la división, que efectuará el Tribunal creado por el art. 1°, este informará al presidente de la República quien dictará el decreto que ponga término a sus funciones”.

inc 2° se dispuso: "Estos juzgados conocerán en única instancia: de las cuestiones sobre el estado civil, derechos hereditarios y sobre toda otra cuestión que se suscite en el juicio de partición; y en primera instancia: de las cuestiones sobre el dominio, posesión, tenencia y prestaciones mutuas relacionados con los terrenos y que se ventilen con particulares, sean estos o demandados". El inc. 3°, a su turno, aclara que "para efectos de este artículo se tendrán por particulares las personas que reclamen derechos emanados de un título distinto de la merced". En relación al trato igualitario entre indígenas y "particulares", el art. 6° de la referida ley previó que "los jueces de indios tendrán facultades de árbitros arbitradores para la tramitación y fallo de los juicios que les encomienda esta ley sobre División de Comunidades y fallaran como tribunales de derecho las cuestiones relacionadas con no indígenas". A mayor abundamiento, el art. 15 dispuso que los juicios sobre otros derechos reales se sustanciaran y fallaran conforme con las normas comunes.

El cuerpo legal anterior tendría vigencia hasta el DFL N° 266 de 1931, "Aprueba Ley de Indígenas" (D.O. 29 de enero de 1931). Esta nueva normativa seguiría con la tónica de establecer un proceso especial para la liquidación de las comunidades indígenas, reconociendo plena capacidad a los indígenas para celebrar contratos según el grado de instrucción primaria o universitaria que tuvieran. En la exposición de motivos se explicita el interés del legislador por aplicar el derecho común a esta realidad, alentando la liquidación de las comunidades a través del juicio de partición allí previsto. Esta ley no modificó el art. 15 de la Ley 4.802, manteniéndose el principio que los juicios sobre otros derechos reales se sustanciaran y fallaran conforme con las normas comunes.

Con posterioridad se dictaría la Ley N° 14.511, de 3 de enero de 1961, "Crea juzgados de Letras de Indios que indica y señala su organización y competencia; establece el régimen legal de la propiedad indígena; fija normas sobre división de comunidades, radicación y crédito indígena". Se repite la misma sistemática anterior, al establecer un procedimiento de partición especial (art. 42 y siguientes), y de disponer la inscripción en el Registro de Propiedad de la propiedad que resulte de esta adjudicación.

En la década del setenta del siglo pasado se dictó la Ley N° 17.729, de 26 de septiembre de 1972, "Legisla sobre protección de los indígenas, en relación con el dominio, uso, goce, disposición, reivindicación y transferencia de sus tierras y sobre el desarrollo cultural, educacional y económico de dichos connacionales; crea el Instituto de Desarrollo Indígena". Sigue con la misma técnica particional anterior, estableciendo una participación del ente administrativo creado en esta ley. El Título III creó un procedimiento especial, similar al que actualmente está vigente. Esta normativa define por primera vez quiénes son indígenas en Chile.

Durante el Gobierno Militar se dictaron los DL N° 752 de 1974, 2568, de 28 de mayo de 1979 y 2750 de 10 de julio de 1979, modificado por el DL N° 2568. En todos ellos se regula formas para enajenar, gravar, arrendar y constituir aparcerías de las tierras indígenas.

La normativa antes referida ha establecido instituciones procesales con el objeto de solucionar o abordar las siguientes situaciones relacionadas con las "tierras indígenas" o con los indígenas en particular:

(i) proceder a la partición de bienes surgidos en esta realidad cultural presente desde el comienzo de la República. Ha sido notorio el interés por dotar a los beneficiados de instrumentos jurídicos que pongan fin al estado de indivisión de la tierra indígena, para tratar de distribuir entre los partícipes de esta comunidad los lotes que guarden proporción con sus derechos indígenas. Sin embargo, como se explicó, la aspiración del legislador es aplicar el derecho común, facilitando la liquidación de la comunidad indígena.

(ii) ha establecido procedimientos de jurisdicción voluntaria para la protección de los indígenas. Como se sabe, el ejercicio de la jurisdicción admite otra variante denominada indistintamente como jurisdicción voluntaria o no contenciosa. En nuestro derecho la delimitación de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa se encuentra en el artículo 817 CPC. Allí, siguiendo a la doctrina clásica, se declara que son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre las partes⁸.

En la legislación indígena antes reseñada son varias las medidas de jurisdicción voluntaria que se han adoptado para solucionar los problemas de enajenación de la tierra indígena, ya con intervención del Poder Ejecutivo (la administración) o del Poder Judicial. La idea común ha sido, en todas la épocas, adoptar medidas de protección para que la enajenación de la tierra indígena o para contratar sobre la misma⁹. Con todo, tal como se reseñó, en alguna de esas leyes se establecía, sin ningún problema la aplicación del derecho común.

(iii) Crear instancias de solución jurisdiccional, arbitral o de mediación para conflictos surgidos entre indígenas en relación a sus tierras.

Aclarado lo anterior, el Título VII de la Ley N° 19.253, relativo a las “Normas especiales de los procedimientos judiciales” tiene un ámbito de aplicación donde la expresión “Conflictos de Tierras” no puede llevar a afectar el derecho a utilizar otros procedimientos, como podrá ser el juicio sumario para constituir una servidumbre legal o para discutir sobre una situación que excede el ámbito protector de esta normativa, al punto de generar un privilegio procesal de clase: la sola pertenencia a un grupo étnico.

Cuando el artículo 55 de la Ley 19.253 dispone que “para prevenir o terminar un juicio sobre tierras, en el que se encuentre involucrado algún indígena, los interesados podrán concurrir voluntariamente a la Corporación a fin de que los instruya acerca de la naturaleza de la conciliación y de sus derechos y se procure la solución extrajudicial del asunto controvertido...”, lo que está haciendo es prever un mecanismo de solución para un específico conflicto de propiedad, que es el resultado de una singular estructura comunitaria y cultural que se ha ido generando en nuestro ordenamiento. Sin embargo, esa realidad no conforma en el derecho vigente una situación donde se pueda predicar la existencia de

⁸ El criterio de la ausencia de contradicción tiene su origen en un texto de Marciano, contenido en el Digesto (D. 1.16.2 PR. 1). De ahí pasó a Las Partidas, sirviendo luego de inspiración al legislador del siglo XIX. Sin embargo, la doctrina no acepta pacíficamente este criterio, puntualizando que también en el proceso contencioso podría darse la falta de contradicción. Sobre el tema, entre la abundante bibliografía, FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2001) pp. 57-101.

⁹ Por ejemplo, el DFL N° 266 de 1931 dispuso: “las sentencias de división que pronuncien los jueces de indios serán sometidas al Presidente de la República para su reforma o aprobación”.

"derechos reales indígenas" oponible procedimentalmente a terceros que no tengan ese origen étnico.

Por otra parte, cuando el artículo 56 de la Ley N° 19.253¹⁰ atribuye competencia al juez civil para conocer de ciertos conflictos vinculados a la "tierra indígena", naturalmente que supone que se está en presencia de un conflicto vinculado a los títulos que han dado lugar a esa realidad o tengan relación con los actos o contratos que sobre ellas se hayan suscritos. Dicha norma de competencia no involucra a la constitución de una servidumbre, por tratarse de un gravamen de un predio a favor de otro predio, sin que importe si afecta o no a la tierra de una comunidad indígena.

2.3. LA CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE LEGAL NO PUEDE SER CONOCIDA POR EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY INDÍGENA

De un modo particular, el alcance que se le da a la normativa procesal indígena, no podría, a nuestro entender, alterar las reglas del procedimiento previstas en la Ley N° 19.657 para la reclamación judicial de la servidumbre aneja a la concesión geotérmica, atendido que la Ley N° 19.253 no ha quedado marginada del ámbito de aplicación del artículo 2° de la Ley N° 19.657. Esta legislación se aplica a todo lo que conforma el territorio nacional, continental, insular y antártico, incluyendo las aguas interiores, mar territorial y zona económica exclusiva¹¹. Dicho de otra forma, "las tierras indígenas" que puedan ser afectadas por la constitución judicial de una servidumbre no forman parte de un territorio

¹⁰ Esta norma dispone que "las cuestiones a que diere lugar el dominio, posesión, división, administración, explotación, uso y goce de tierras indígenas, y los actos y contratos que se refieran o incidan en ellas, y en que sean parte o tengan interés indígenas, serán resueltas por el Juez de Letras competente en la comuna donde se encontrare ubicado el inmueble, de conformidad con las disposiciones de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a las siguientes normas"...

¹¹ La Ley de Concesiones de Energía Geotérmica ha establecido que ella tiene un alcance general, fijando su ámbito de aplicación y alcance en los siguientes preceptos: i) En el Título I, relativo a las "Disposiciones generales", el artículo 1° dispone: Las normas de esta ley regularán: a) La energía geotérmica; b) Las concesiones y licitaciones para la exploración o la explotación de energía geotérmica; c) Las servidumbres que sea necesario constituir para la exploración o la explotación de la energía geotérmica; d) Las condiciones de seguridad que deban adoptarse en el desarrollo de las actividades geotérmicas; e) Las relaciones entre los concesionarios, el Estado, los dueños del terreno superficial, los titulares de pertenencias mineras y las partes de los contratos de operación petrolera o empresas autorizadas por ley para la exploración y explotación de hidrocarburos, y los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, en todo lo relacionado con la exploración o la explotación de la energía geotérmica, y f) Las funciones del Estado relacionadas con la energía geotérmica. ii) El artículo 2° de la Ley N° 19.657 dispone en su inc. 3° que "el ámbito de aplicación de esta ley abarcará el territorio continental, insular y antártico incluyendo las aguas interiores, mar territorial y zona económica exclusiva". iii) El artículo 26 de la Ley N° 19.657 dispone que "desde la fecha de entrada en vigencia de la concesión de energía geotérmica y con el fin de facilitar la exploración o explotación, según el caso, los predios superficiales donde se encuentre ubicada la extensión territorial cubierta por la concesión estarán sujetos a las siguientes servidumbres (...).- La constitución de la servidumbre, su ejercicio y las indemnizaciones correspondientes por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o a cualquier otra persona, se determinarán por acuerdo entre los interesados que conste en escritura pública, o por resolución judicial, dictada en conformidad al procedimiento sumario. Con todo, iniciado el juicio sumario, podrá pedirse y decretarse su continuación conforme a las reglas del procedimiento ordinario, si existen motivos fundados para ello. La solicitud en que se pida la sustitución del procedimiento se tramitará como incidente. Será aplicable a este procedimiento lo dispuesto en el artículo 125 del Código de Minería (...).

autónomo, diverso del que Ley N°19.657 ha señalado como su ámbito de aplicación. Sostener lo contrario, para el tema en análisis, llevaría a proclamar la existencia de servidumbres geotérmicas indígenas, situación que no se condice con la configuración de este clásico derecho real que, en este caso, viene aparejado como una prerrogativa de la concesión geotérmica.

Por su lado, la Ley N° 19.657, de Concesiones de Energía Geotérmica, ha previsto que el juicio aplicable a la constitución de la servidumbre es el juicio sumario, cualquiera sea la zona geográfica donde ella se ubique. Sostener que por el hecho que en un proceso haya comparecido una comunidad indígena determina el cambio de procedimiento, no se aviene con el derecho a utilizar el procedimiento legal previsto para un fin específico. El ámbito de aplicación de las especialidades jurídicas que tiene reconocidas las etnias ubicadas en Chile, no pueden justificar la sustitución del procedimiento, cuando este busca establecer un gravamen jurídico que debe soportar cualquier predio, aunque sus propietarios pertenezcan a una minoría indígena o a una comunidad surgida dentro de esa realidad cultural.

2.4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN

Cuando surgen problemas en la determinación del procedimiento aplicable, el problema debería resolverse considerando el contenido del principio de la igualdad procesal y determinando cuál procedimiento garantiza de mejor forma el debido proceso en el conflicto en particular.

Para lo que aquí importa, el principio de la igualdad en materia procesal apunta a conceder a todas las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de tal modo que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de aquellas. En explicación de Picó i Junoy, "este derecho [a la igualdad] exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Así, la existencia misma de dos partes y sus derechos a ser oídas perderían, en buena medida, su sentido si no gozasen de idénticas posibilidades procesales para sostener y fundamentar los que cada una estime conveniente".

2.5. EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT NO ES NORMA ORDENATORIA NI DECISORIA DE LA LITIS

Un comentario aparte merece la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT que se hace para justificar que el procedimiento de la ley indígena es el adecuado.

Lo primero que se debe observar es que el examen del Convenio N° 169 de la OIT releva que no se trata de una norma ordenatoria litis, que pueda justificar la alteración del procedimiento, como ha ocurrido en algunos casos. Este cuerpo normativo busca que las autoridades administrativas y las legislativas adopten medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas, pero ello no alcanza a resolver cual es el procedimiento aplicable, por ejemplo, para constituir una servidumbre.

Ratifica esta limitación la sentencia del Tribunal Constitucional, pronunciada en el control preventivo de constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, rol N°1050-2008. Allí se previno por don Enrique Navarro Beltrán, "que, según se dejó constancia en la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, los preceptos contenidos en el Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, no son auto ejecutables, teniendo así el carácter de normas programáticas, que deberán ser desarrolladas por el legislador". Esto significa que el Convenio N° 169 de la OIT no puede servir de base legal para alterar la aplicación del procedimiento, haciendo primar, por su sola invocación, las normas de la Ley 19.253, por sobre cualquier otra normativa procesal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAPPELETTI, Mauro (1972): *Proceso oral y proceso escrito, en La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (tr. Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, E.J.E.A.) pp. 34-45.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1996): *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado* (Granada, Comares).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (2001): *La jurisdicción voluntaria* (Madrid, Civitas) pp. 57-101.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2005): *Contornos de la justicia procesal* (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil, en *Revista de Derecho Procesal* (Madrid) pp. 673-701.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2005): "El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII.

NORMAS CITADAS

- Convenio N° 169 de la OIT.
- DFL N° 266 de 1931, "Aprueba Ley de Indígenas", *Diario Oficial*, 29 de enero de 1931.
- DL 2568, de 28 de mayo de 1979.
- DL 2750 de 10 de julio de 1979.
- DL N° 752 de 1974.
- Ley 4.169 de 8 de octubre de 1927.
- Ley 4.802 de 11 de febrero de 1930.
- Ley N° 14.511, de 3 de enero de 1961.
- Ley N° 17.729, de 26 de septiembre de 1972.
- Ley N° 19.657, Ley de Concesiones de Energía Geotérmica.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte de Apelaciones de Iquique, 10 de mayo de 2011, Rol I. Corte N° 53-2011".
- Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de enero de 2011, Rol 1398-2010 (LegalPublishing: 47493)
- Corte de Apelaciones de Valdivia, de 17 de marzo de 2008, Rol N° 32-2008 (LegalPublishing: 38417).