

III Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Temuco, 1998.

# **Derecho Consuetudinario Williche: Wequetrumao y las Normas Tradicionales de Transmisión de la Tierra Comunitaria.**

Manuel Muñoz Millalonco., Ana María Olivera Fuentes., Ana María Arellano. y Gemma Rojas Roncagliolo.

Cita:

Manuel Muñoz Millalonco., Ana María Olivera Fuentes., Ana María Arellano. y Gemma Rojas Roncagliolo. (1998). *Derecho Consuetudinario Williche: Wequetrumao y las Normas Tradicionales de Transmisión de la Tierra Comunitaria. III Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Temuco.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/iii.congreso.chileno.de.antropologia/138>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/evbr/E6r>

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*

paradoxos, Editorial Forense, Brasil (segunda edición revisada; primera edición: 1994).  
Laplaza, Francisco P.  
1950 Antecedentes de Nuestro Periodismo Forense Hasta la Aparición de "La Revista Criminal" (1873) Como Introducción a la Historia del Derecho Penal Argentino, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, Argentina.  
Malinowski, Bronislaw  
1986 Crimen y costumbre en la sociedad salvaje, Editorial Planeta-Agostini, España.

Salessi, Jorge  
1994 Identificaciones científicas y resistencias políticas. En: Las culturas de fin de siglo en América Latina, Josefina Ludmer (comp.), Beatriz Viterbo Editora, Argentina.  
Van Roermund, Bert  
1997 Derecho, relato y realidad, Editorial Tecnos, Madrid.  
Walsh, Rodolfo  
1996 En defensa propia. En: Cuento para tahúres y otros relatos policiales; Ediciones de la flor, Buenos Aires, Argentina.

# *Derecho Consuetudinario Huilliche.*

## *Weketrumao y las Normas*

### *Tradicionales de Transmisión de la*

#### *Tierra Comunitaria*

Manuel Muñoz Millalonco, Ana María Olivera Fuentes,

Ana María Arellano, Gemma Rojas Roncagliolo\*

#### *Introducción.*

La presente ponencia tiene como objetivo poner en conocimiento de la comunidad antropológica el trabajo interdisciplinario que desarrollan los autores en el Consejo General de Caciques, en torno a la recuperación y puesta en valor del derecho consuetudinario huilliche. El elemento central que da cuenta de la presencia y vigencia de un derecho consuetudinario en el pueblo huilliche de Chiloé es la conservación y defensa territorial. En este proceso emergen conflictos internos y externos, así como instituciones que en medio de condiciones asimétricas respecto del derecho positivo chileno, prueban su vigencia y efectividad en la solución de situaciones que demandan aplicación de justicia. La emergencia a la que hacemos referencia, es constatada por el Consejo General de Caciques de Chiloé y es desde la organización de donde surge la necesidad

de recuperar y poner en valor el sistema jurídico tradicional, disperso en la memoria de personas mayores así como de comunidades, de tal manera que las instituciones vigentes y, además reconocidas por la legislación chilena, puedan revitalizarse y encontrar en la normativa tradicional nuevos recursos que faciliten la aplicación de justicia, así como favorecer y aportar a la reflexión dentro del sistema jurídico oficial, particularmente de aquellos tribunales y juristas que ejercen su labor en el contexto sociocultural donde vive el pueblo huilliche de Chiloé.

El proceso de recuperación del sistema jurídico tradicional huilliche, se inicia en el año 1993, antes de la promulgación de la Ley 19.253. El enfoque metodológico que se ha seguido en este proceso ha sido el de estudio de caso, concebido como el estudio de un fenómeno en uno o varios grupos (comunidades) dentro de su propio contexto de ubicación. Desde este enfoque se ha

---

\*Con la participación del Consejo General de Caciques de Chiloé-Chile.

desarrollado un proceso participativo que ha implicado el diseño de instrumentos y su aplicación por parte de dirigentes y profesionales al interior de las comunidades, así como la revisión comunitaria de informes de resultados; la observación participante; jornadas de formación y capacitación a líderes; observación directa de resolución de conflictos; y asesoría profesional al Consejo General de Caciques en su conjunto, así como a cada lonko de Comunidad en particular.

Si bien el proceso de recuperación del Sistema Jurídico Originario Huilliche, se desarrolla en las 17 comunidades que conforman hoy el Consejo General de Caciques de Chiloé, hacemos particular mención a la comunidad de Weketrumao, por cuanto en ella se manifiestan con mayor claridad la vigencia de las instituciones tradicionales, así como la búsqueda constante de aplicación de justicia desde el Sistema Jurídico Originario Huilliche.

La información se presenta en tres apartados. El primero hace referencia a los antecedentes generales del Consejo General de Caciques de Chiloé como organización política administrativa del pueblo huilliche de Chiloé. El segundo apartado da cuenta del proceso de investigación. Y en el tercer apartado presentamos los resultados obtenidos hasta ahora.

## *1.- Antecedentes generales del Consejo General de Caciques de Chiloé.*

### *1.1 Ubicación.*

El pueblo huilliche, vive ancestralmente en el Archipiélago de Chiloé, provincia que forma parte de la Décima Región de Los Lagos, en el sur de Chile.

El Archipiélago está constituido por la Isla Grande, de forma rectangular con una superficie de 800.000 has. aproximadamente, (9.181,60 km<sup>2</sup>) de unos 250 km. de longitud norte sur y un ancho promedio de 30 km. y cerca de 40 islas menores adyacentes en su mar interior.

La Provincia de Chiloé está dividida administrativamente en diez comunas y tiene una población total de 130.389 habitantes aproximadamente, tanto en zonas urbanas como rurales.

Las 17 comunidades huilliche organizadas en torno al Consejo General de Caciques de Chiloé se ubican principalmente en la Isla Grande del Archipiélago de Chiloé en los sectores rurales de las comunas de Ancud, Quemchi, Chonchi, Queilen y Quellón. Son unas 930 familias que constituyen una población estimada de 5.000

personas

El pueblo Huilliche se autodefine como pueblo hijo de la Ñuke Mapu (Madre Tierra). La Madre Tierra, es la que contiene los árboles, los animales, los mares, los ríos, los lagos y a todos los huilliche. De la relación con la Madre Tierra, surge también la forma de vida en comunidad, la organización, las formas de trabajo en la tierra y en el mar.

Las comunidades viven de sus actividades en la tierra de cultivo, en el bosque y en el mar. En la tierra de cultivo se practica una agricultura para el sustento de la familia, principalmente cultivos de papas y hortalizas; el bosque se utiliza para sacar la leña, la madera para la construcción de las casas y embarcaciones, los remedios para distintas enfermedades de personas y animales y, también se extrae madera para vender a través de los aserraderos de las comunidades; en el mar se extraen los mariscos, las algas, los peces y, actualmente, también se cultivan algas (*Gracilaria*) para la venta a empresas particulares que las compran para la exportación.

Dentro de cada comunidad, tanto la tierra de cultivo, como el bosque y el mar se distribuye entre todos los que trabajan, no se hacen diferencias, siempre que se respeten las formas de uso.

En este contexto, a través de los años los huilliche han defendido y demandado su territorio. En la última década, el pueblo huilliche ha sumado a la defensa de la tierra la búsqueda de alternativas que les permitan enfrentar los problemas que ha originado el proceso de explotación industrial de los recursos naturales de Chiloé. Esta búsqueda les ha llevado a incorporar en sus demandas la protección de los recursos marinos y forestales, de tal manera que la explotación irracional de los recursos que ha afectado a toda la Isla de Chiloé pueda ser frenada en territorio huilliche, evitando la licitación de los bosques, considerados fiscales, así como la parcelación del mar, lo que se ha producido por la permanente entrega de concesiones marítimas a particulares.

### *1.2 La Organización Originaria del Pueblo Huilliche de Chiloé.*

Dentro de la Isla de Chiloé, el pueblo huilliche está organizado desde el período Colonial en el Consejo General de Caciques de Chiloé. Esta organización, aunque con variaciones, se ha mantenido a través del tiempo y en ella están representadas actualmente 17 comunidades huilliche de Chiloé.

Cada comunidad está compuesta por un número de familias -machulla- y está a cargo de un Lonko (o

Cacique), que es la autoridad máxima de la comunidad. El conjunto de Lonko se organizan en el Consejo General de Caciques de Chiloé, el que elige a un Lonko Mayor, que es la autoridad máxima del pueblo indio en la Isla de Chiloé. En estos momentos dicho cargo lo ejerce don Carlos Lincomán.

La actual Ley Indígena (Ley 19.253 de 1993) en su Artículo 60 reconoce la institución originaria de los Lonko, así como sus ámbitos territoriales.

En 1995 el Consejo General de Caciques tramitó su personalidad jurídica bajo la vigencia de la actual ley indígena, obteniendo personalidad jurídica única para todas las comunidades organizadas en torno al Consejo General, evitando con ello la dispersión de organizaciones a la que tiende -o promueve- la actual legislación. De este modo, el Consejo ha buscado fortalecer las disposiciones legales que le dan reconocimiento a la institución de los Lonko, manteniendo la unidad del pueblo huilliche.

## **2.- El proceso de investigación**

### **2.1 Metodología de Investigación.**

El proceso de investigación ha tenido un enfoque participativo, orientado por la metodología de Estudio de Caso en la que intervienen los profesionales, dirigentes y comuneros.

Se ha utilizado las diversas técnicas propuestas por el estudio de caso, incluyendo a ésta el desarrollo de talleres de formación y capacitación a dirigentes y comunidades. La aplicación de los instrumentos tales como los cuestionarios han sido realizados tanto por dirigentes y comuneros como por los profesionales, así también el análisis de los informes de resultados son expuestos y discutidos en las comunidades.

A lo anterior se suma la asesoría profesional directa a los señores lonko del Consejo General de Caciques, lo que ha permitido participar directamente en las sesiones de aplicación de justicia, así como entregar antecedentes técnicos que se incorporan como elementos de la reflexión del Lonko Mayor a la hora de tomar decisiones frente a los conflictos.

### **2.2 Referencias Teóricas.**

El amplio mundo de "lo-indio", no obstante su diversidad encuentra un común denominador en el hecho de que todas las culturas originarias han surgido y permanecen

vivas a partir de la relación trascendente que establecen con la tierra.

Por este motivo, y como es sabido, los indios de América Latina se han identificado siempre como los pueblos "Hijos de la Tierra" a la que adeudan además del alimento, el origen cultural.

Las ciencias de la Antropología, la Sociología, la Etnología, y otras del área social han estudiado largamente las culturas originarias y en especial el sentido que ellas dan a la tierra.

Sin embargo la Ciencia del Derecho, no obstante su carácter social, se ha mantenido alejada de estas reflexiones, lo que se ha traducido en que, a esta altura de la historia poco y nada se sepa sobre los sistemas jurídicos de los pueblos indios, y en especial, de las normas con que se regulan los aspectos atinentes al uso y el goce de la tierra.

¿Existieron o existen aún sistemas jurídicos propiamente indios? ¿Cómo normaban o norman aún las culturas originarias los aspectos referidos al dominio, el uso, el goce y la disposición de la tierra? ¿Qué efectos ha producido en las culturas originarias la aplicación, generalmente mecánica e irreflexiva de categorías, instituciones y normas legales de derecho occidental? Estas interrogantes han comenzado a plantearse recientemente por antropólogos y algunos juristas del continente, abriendo una nueva brecha en la disciplina jurídica: La Antropología Jurídica.

### ***Antropología Jurídica e Historia***

#### ***del Derecho***

Es una máxima fundante de la disciplina jurídica que, ALLÍ DONDE HAY CULTURA HAY TAMBIÉN DERECHO.

La certeza de que la creación de normas de control social aceptadas como obligatorias arranca del fenómeno humano y que, dado su carácter social, es por consiguiente una expresión cultural presente en el modo de vida de todo pueblo. Justamente de esta "humanidad" del derecho arranca su esencialidad histórica y cambiante, su Historicidad.

En cuanto a la Historia del Derecho, se reconoce que el pasado jurídico es su objeto de estudio, es decir, "... la globalidad de los procesos sociales, que incorporan el dato político, ideológico, económico y en general el estudio de toda circunstancia que haya cooperado en el

(1)Eyzaguirre, 1982.

*proceso histórico del derecho.*"<sup>(1)</sup>

Si se coincide con la definición anterior de "pasado jurídico", entonces se podrá coincidir con que hasta ahora la ciencia del derecho ha tenido una visión sesgada de la historia jurídica y del pasado, por cuanto en su recreación ha omitido severamente la reflexión sobre los sistemas jurídicos no occidentales, propios de los pueblos indios.

A través de los años el objeto de estudio de la Historia del Derecho ha sido el Derecho Nacional y la génesis de éste ha sido ubicada siempre en la llegada a América del Derecho Hispano, prescindiéndose de toda reflexión sobre otras realidades jurídicas anteriores y diferentes.

El derecho nacional no ha reconocido más que la paternidad del derecho europeo, del sistema jurídico occidental y con ello de sus tres elementos formativos: el derecho romano, el derecho canónico y el derecho germánico.

Desde la llegada de los españoles los pueblos indios comenzaron a sufrir la aplicación de leyes dictadas por una cultura exógena, que respondía a valores y procesos históricos distintos a los de los originales habitantes del continente mestizo-americano.

La tierra, madre de los indios, se vio especialmente afectada por leyes occidentales en las que era considerada una "res" (cosa), objeto de apropiación humana, divisible, transferible y transmisible, siendo que para las culturas originarias ella se encontraba definitivamente fuera del comercio humano.

Así lo corrobora el relato de cronistas del período indiano los que, usando categorías jurídicas occidentales, intentan describir lo más característico de lo que se ha venido en denominar "El Sistema Comunitario de Tenencia de la Tierra" de los pueblos indios de América Latina.

Joseph de Acosta en 1590, refiriéndose al sistema de tenencia de la tierra de las comunidades precolombinas del Perú, escribió:

*"De las tierras de la comunidad ningún particular poseía alguna parte. Estas tierras de comunidad se repartían cada año, y a cada uno se señalaba el pedazo que había de menester para sustentarle su persona, y la de su mujer y sus hijos... las tierras de la comunidad no se podían enajenar ni aún dividir entre herederos..."*<sup>(2)</sup>

Caso, a su vez expresa sobre la tenencia india de tierras en México:

*"El clan o calpulli era propietario de la tierra y no el individuo, pero el individuo tenía derecho a tener una parcela de la tierra comunal para trabajarla y sustentarse... aún cuando la tierra del calpulli no podía transmitirse por herencia, puesto que no había propiedad de la parcela, sin embargo, pasaban de padres a hijos si se seguían trabajando."*<sup>(3)</sup>

En estas breves palabras puede advertirse que las culturas indias poseían normas que regulaban el uso y el goce de la tierra y que estos eran esencialmente comunitarios.

Las normas contenidas en la práctica social india encontraron aún durante la Colonia espacios de reconocimiento por parte del Derecho Indiano, en el que tuvo claramente dos ámbitos de aplicación:

- a) Como Ley del Foro, que operó en caso de ausencia de norma en el Derecho Especial para Indias o en el de Castilla (fuente formal), y
- b) Como informador del Derecho Especial para Indias (fuente material).

Fue con el advenimiento de las repúblicas que las prácticas jurídicas indias perdieron toda relevancia jurídica.

La "diversidad jurídica" indiana devino en la "uniformidad jurídica" republicana: un sistema jurídico (el occidental), aplicado sólo por un estado soberano, en la totalidad del territorio, y respecto de todos sus habitantes (indios y no indios).

A ello se sumó el hecho de que internamente, la Ley alcanzó una preponderancia absoluta como fuente formal del derecho nacional, especialmente tras el proceso de Codificación. La influencia del *ius Naturalismo Racionalista* se dejó sentir en el Mensaje del Código Civil Chileno, en el que Andrés Bello expuso:

*"Siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre fuerza de ley."*

El artículo 2 inciso segundo del Código Civil chileno consagra desde entonces:

*"La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella"*.

Absolutamente subordinada a la Ley, la Costumbre comenzó a ocupar en el derecho nacional un rol supletorio, alcanzando validez sólo desde la norma positiva.

Como consecuencia de la supremacía legal, la costumbre en general perdió posibilidades de aplicarse

<sup>(2)</sup>De Acosta, citado por Lipschutz, 1956: 30.

<sup>(3)</sup>Caso, citado por Lipschutz, loc. cit.

autónomamente en un sistema de "uniformidad jurídica" (pérdida a nivel de fuente formal). A ello se sumó que las leyes de los estados nacionales comenzaron a remitirse o referirse escasamente a las costumbres locales (pérdida como fuente material), situación que sumergió a los sistemas jurídicos indios, eminentemente consuetudinarios, en una existencia clandestina.

Posteriormente para lograr la integración de los pueblos indios a la nación, a la cultura y al esquema de desarrollo económico de la sociedad occidental, los estados latinoamericanos elaboraron e implementaron las llamadas "políticas indigenistas" que se hicieron efectivas a través de las "leyes indigenistas" en las que generalmente se asignó a los indios la calidad de personas naturales sin capacidad jurídica y sin existencia colectiva.

En lo que respecta a las leyes con que los Estados Nacionales regulaban las tierras indígenas, desaparecieron de ellas todas las figuras que proporcionaban, aunque fuera formalmente, algún tipo de protección o reconocimiento al sistema comunitario indio, imponiéndose el sistema de dominio individual del territorio.

La propiedad comunitaria fue considerada, a la luz de los nuevos valores nacionales, como entrampadora del progreso y del desarrollo socio-económico de la nación, y la mantención de un estatuto jurídico especial para tierras indias se estimó atentatorio al principio de la igualdad ante la ley. El efecto histórico de las políticas indigenistas fue la continua aculturación de los pueblos indios, especialmente como consecuencia de la división de sus territorios tras ser estos sometidos a los principios del derecho civil común y al Sistema Registral de la Propiedad.

### *La Colonización Jurídica.*

A partir de lo anterior, queremos llamar la atención, mas que en la manera en que las leyes nacionales o coloniales han sido utilizadas sobre los pueblos indios o la forma en que tal o cual institución específica ha operado sobre la tierra, la comunidad o la cultura de los pueblos originarios, en el fenómeno global de aplicación de un sistema jurídico no indio sobre el derecho tradicional indio, fenómeno que venimos en denominar COLONIZACIÓN JURÍDICA.

Aquí es donde vemos la dimensión mas estrictamente jurídica del problema enunciado y, al mismo tiempo, la menos develada desde la Ciencia del Derecho.

En Chile, los trabajos jurídicos que se han ocupado del problema indio han sido escasos y ellos han estado

referidos básicamente al estudio formal de las leyes nacionales sobre la tierra india (la legislación indigenista). Para los estudiosos del derecho, la "Colonización Jurídica" ha pasado inadvertida, lo que ha significado que durante más de quinientos años los pueblos originarios de América y entre ellos el pueblo huilliche de Chiloé, han debido someterse a la regulación de normas que emanan de una cosmovisión distinta, que encuentra sus orígenes técnico-jurídicos en Roma y su fundamento filosófico en el *lus Naturalismo*.

Desde la Conquista hasta nuestros días, pareciera ser que la Ciencia del Derecho no ha asumido que los pueblos originarios de América poseían una cultura propia, de la cual se prolongaba también un Sistema Jurídico Original y no se ha percatado que, a través de la historia, dos sistemas jurídicos distintos han estado en permanente conflicto, el que se viene resolviendo permanentemente a favor del sistema normativo occidental, especialmente después de la Colonia.

A los sistemas tradicionales indígenas les ha quedado subsistir internamente, dentro de las comunidades y pueblos rigiendo conflictos internos y normando la vida de sus integrantes, ya como sub-sistema o bien como sistema alternativo, según la fortaleza étnica de cada pueblo y las condiciones de colonización de que sea objeto.

La colonización jurídica ejercida sobre los pueblos indios se justifica por la sociedad mayor en tanto ella permite hipotéticamente la preponderancia de un conjunto de valores de los que el sistema legal occidental se siente portador: lo civilizado y moderno, por sobre lo inculto y retrasado; lo racional (y por tanto justo) por sobre lo instintivo (no justo), concentrado formalmente en un sistema de preeminencia de lo legal sobre lo consuetudinario y de la escrituración por sobre la oralidad. La integración del estudio de los sistemas jurídicos tradicionales o de las costumbres y prácticas legales indias a la Historia del Derecho supone dejar atrás la actitud colonizadora reconociendo a los pueblos indios como portadores de culturas autónomas, gestores de una historia propia y de normas jurídicas originales en las que se contienen las soluciones más adecuadas para regular sus asuntos internos y en particular sus formas de uso y goce de la tierra.

Signos recientes de la tendencia "descolonizadora" puede tal vez apreciarse en leyes de naciones mestizo-americanas, que han comenzado a proporcionar internamente espacios para que afloren las costumbres indias.

En Chile ha existido una vasta legislación indigenista,

sin embargo, sólo tras la promulgación de la Ley 19.253, Ley de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, la costumbre ha sido reconocida por el derecho nacional como constitutiva de ciertos derechos.

El espacio abierto por esta ley es, no obstante, sumamente estrecho; su aplicación está restringida a conflictos inter-indios y si bien tiene asignado cierto valor en los ámbitos formales y civiles, siempre ocurre bajo la exigencia de que tales costumbres no atenten contra los principios de rango constitucional, lo que constituye una cortapisa infranqueable para las costumbres indígenas, especialmente aquellas que se oponen a la propiedad privada, celosamente resguardada en el texto constitucional.

La ley indígena, por tanto, genera ciertas posibilidades de uso al sistema jurídico originario pero en ningún caso representa la superación de la colonización jurídica que sufren los pueblos indios de Chile en general, y el pueblo huilliche de Chiloé en particular.

## *El Derecho*

### *Tradicional Indio: Concepto.*

Finalmente queremos definir aquello que hemos entendido en este trabajo por sistema jurídico originario huilliche. Ante todo nos referimos a un sistema que descansa en la costumbre y como tal se trata de un fenómeno inmerso en la estructura social india.

Esta característica dificulta sin duda su estudio, por cuanto primero se hace necesaria su separación del conjunto de normas puramente sociales que la comunidad huilliche pueda poseer.

En términos conceptuales este sistema jurídico no lo entendemos como un todo coherente, homogéneo y autoreferente, ya que tras el fuerte impacto de la colonización como fenómeno global y de la colonización jurídica en particular, es prácticamente imposible que el sistema normativo indio continúe absolutamente puro.

Stavenhagen, al acercarse a la definición del Derecho Consuetudinario Indio señala:

*"...nada más erróneo que la idea simple y simplista que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas "ancestrales" que se han mantenido inmutables desde la época pre-colonial<sup>(4)</sup>.*

Siguiendo al autor, al Derecho huilliche lo entendemos como una realidad más compleja y dinámica, en la que prácticas normativas ancestrales coexisten con otras que

son formas de reinterpretar, adoptar y usar el derecho positivo no indio, según valores, costumbres, necesidades o intereses indios.

Esta realidad compleja se presenta en cada comunidad huilliche en una forma específica, y aún cuando pueda ser posible establecer generalidades en torno a este derecho (de índole teórico-jurídico, técnico-jurídico, filosófico, etc.), las particularidades de cada comunidad deben ser también tenidas en cuenta. Por este motivo la metodología de investigación utilizada para el estudio del derecho huilliche privilegia el examen de casos que permitan ir construyendo la mirada global desde el encuentro con cada realidad concreta.

En Chiloé la mezcla centenaria de las costumbres indias y el derecho huinca han dado a luz lo que se denominamos Sistema Consuetudinario Huilliche.

Entendemos al Sistema Jurídico Consuetudinario Huilliche inserto dentro de un derecho mestizo, que entendemos como el conjunto normativo en el que conviven instituciones de derecho occidental indianizadas por la práctica huilliche y prácticas jurídicas indias occidentalizadas a raíz del impacto de la norma positiva. La terminología surge para expresar justamente el fenómeno socio-jurídico y cultural que se produce cuando el pueblo huilliche usa el derecho positivo occidental, sus disposiciones, sus principios inspiradores, sus recursos técnico-jurídicos, ya sea voluntaria o involuntariamente, consciente o inconscientemente.

El mestizaje del que se habla puede o no contribuir al fortalecimiento étnico de la comunidad o pueblo indio. Contribuye si éste se apropia de algún recurso jurídico occidental para resguardar sus derechos individuales o colectivos (es decir, cuando se produce el fenómeno de la "indianización del derecho occidental"). Situación inversa se genera cuando la mezcla produce la aculturación de la comunidad india, prevaleciendo la visión de mundo de la que es portador el derecho extraño por sobre la cultura originaria.

### *Estudio de Caso: La Comunidad*

#### *Huilliche de Weketrumao.*

La historia de esta comunidad huilliche está ligada a la defensa del fundo Weketrumao, que fue entregado a Domingo, Miguel, Marciano, Cristiano, Juan, Mariano, Lázaro, Leandro y Basilio Rain el año 1823, por Título

<sup>(4)</sup>Stavenhagen, 1990: 34.

Realengo de la Corona española, y que posteriormente fue resguardado por el Tratado de Capitulación de Tantauco suscrito por la república chilena y la corona española en 1826.

El título colonial de Weketrumao fue encontrado ilegible por acción del fuego en los archivos del Juzgado de Castro, lo que hace presumir que esta comunidad intentó protocolizarlo con anuencia del tribunal, práctica común entre las comunidades indígenas de Chiloé y que evidencia un temprano intento por utilizar el sistema jurídico dominante para resguardar derechos territoriales. A pesar de que el papel esté ilegible, no ha desaparecido de la memoria colectiva de la comunidad la existencia de este documento ni la extensión de tierra que él reconoce como su hogar. El título abarca el espacio ecológico abrazado por los ríos Chadmo y Alcaldeo (de norte a sur) y desde el mar interior (estero de Chadmo) hasta el Pacífico.

La cabida aproximada del fundo sería 35.000 hectáreas de tierra (existen antecedentes documentales de que el fundo podría medir 35.000 cuadras), incluyendo los espacios marítimos, lacustres, fluviales y la totalidad de los espacios boscosos de explotación comunitaria.

En el año 1900 el fundo indio fue incorporado en la inscripción fiscal preparatoria de la colonización, pero los descendientes de los Raín reclamaron judicialmente al intento del Estado invocando sus derechos hereditarios sobre la tierra, logrando finalmente excluir Weketrumao de dicha inscripción. Este reclamo judicial representa nuevamente un uso consciente de parte de los lonko y los comuneros huilliche de instituciones jurídicas dominantes en pos del resguardo de derechos ancestrales.

En la década del '30, 44 indios de la comunidad invocaron su calidad de herederos del fundo para ser amparados por la Ley de Propiedad Austral, sin embargo, la ausencia de títulos individuales sobre cuerpos ciertos frustró el anhelo huilliche para el cual se desplegaron esfuerzos durante largas décadas. Todo culminó con la apropiación de la tierra por parte del Estado chileno, que lo inscribió para sí con el No 205 del 4 de Noviembre de 1971 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Castro.

En esta época la comunidad huilliche de Weketrumao se reorganizó y eligió nuevo Lonko: don Antonio Guenteo Raín, quien lideró el proceso de tramitación ante los organismos administrativos chilenos intentando legalizar sus dominios comunitarios reconocidos por la corona española.

En las décadas siguientes, y en tanto el proceso de

revalidación de títulos impulsado por la Ley de Propiedad Austral aún estaba en trámite, el fundo huilliche se pobló de extraños que confeccionaron títulos, los obtuvieron por engaño o bien por la fuerza.

El fundo Weketrumao al ser considerado propiedad del Fisco de Chile fue traspasado el año 1982 al Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), a su Departamento de Asuntos Indígenas (DASIN), organismos dependientes del Ministerio de Agricultura.

Desde entonces el propósito del Estado chileno ha sido determinar la real cabida del territorio que sigue siendo poseído por las familias huilliche, las que, no obstante su posesión carecen de documentos reconocidos por el Estado que avalen sus derechos ancestrales.

En la actualidad (1999) el Ministerio de Bienes Nacionales ha concluido un catastro de tierras en Chiloé, que arroja como resultado que de las 35.000 Há originales indígenas sólo 5.000 actualmente son de dominio fiscal y podrían ser restituidas al Consejo General de Caciques. Las restantes 30.000 Há están bajo el dominio de empresarios forestales y otros particulares. La Comunidad de Weketrumao mantiene su demanda ante el Estado de que le sean restituidas las tierras comunitarias originarias, y rechaza las propuestas del Ministerio que se limitan a traspasar este año sólo 2.000 de las 5.000 Há. aún fiscales.

### **3.- Reflexiones**

#### ***del proceso de investigación.***

Aunque son muchos los elementos destacables del proceso de conocimiento del quehacer jurídico huilliche en Chiloé, queremos en particular hacer referencia a lo siguiente:

La labor del equipo profesional, en este nivel, se ha concentrado en evidenciar la fuerza normativa de la costumbre huilliche en lo referido al uso y goce comunitario del territorio, constituyendo este conocimiento uno de los principales soportes de la defensa territorial, así como de la resolución de conflictos relacionados a estas temáticas.

La investigación en curso, si bien se ha desarrollado libremente -en el sentido que no constituye un estanco y que ella es parte integrante de la reflexión general sobre cualquier aspecto de la vida y el quehacer huilliche- aparece particularmente gatillada desde la promulgación de la Ley 19.253 de 1993, en tanto este cuerpo normativo reconoce ciertos espacios de validez para la costumbre indígena, espacios en que la costumbre adquiere valor de ley, Se trata de una validez excepcional emanada de

la ley nacional en un sistema jurídico extenuadamente positivista.

Dado lo anterior, desde la entrada en vigencia de la Ley Indígena, se ha hecho más imperioso desarrollar este proceso de identificación, sistematización y divulgación del sistema jurídico originario.

### 3.1 La Costumbre ante la

#### *Ley Indígena.*

La costumbre es reconocida por la actual ley 19.253 en los siguientes aspectos:

a) En lo referido a la forma de transmisión de la tierra comunitaria (art. 18). Según la ley, las normas que rigen el reparto o distribución de la tierra comunitaria a la muerte de un indígena, debería regirse por la costumbre india y no por las leyes comunes del Código Civil. Sin embargo, para que las prácticas culturales sucesorias huilliche tengan aplicación, se requiere estar en presencia de "tierras comunitarias", lo que hace necesario que se detente un título de dominio comunitario. Es decir, la costumbre sucesoria se aplica sólo si la tierra está inscrita a nombre de una comunidad, sin que tenga aplicación sobre tierras simplemente ocupadas o poseídas colectivamente que es la situación fáctica recurrente.

En Weketrumao no existe, desde la ley, tierra comunitaria, dado que los comuneros carecen de título republicano inscrito. En este caso la costumbre huilliche carece de valor ante el derecho nacional, pues la tierra no será codificada jurídicamente como tierra comunitaria. El título colonial de Weketrumao -por no provenir de la República Chilena- no tiene reconocimiento expreso en la Ley Indígena y por lo tanto los territorios en él comprendidos no tienen el carácter de tierra indígena.

b) La costumbre tiene valor en juicio, siempre que el litigio se suscite entre indígenas (art. 54).

En Chiloé, la mayor cantidad de conflictos judiciales se produce entre indígenas y particulares o entre indígenas y entes administrativos del Estado; en estos conflictos la costumbre no puede ser invocada. Así por ejemplo la situación de comuneros con la CONAF (Corporación Nacional Forestal) en juicios por manejo ilegal de bosque; en estos juicios las prácticas y usos ancestrales sobre manejo silvícola carece de toda fuerza normativa

c) La costumbre tiene valor como eximente o atenuante de responsabilidad criminal (art. 54).

### 3.2 La Costumbre en la Comunidad de Weketrumao

El proceso de investigación en curso ha permitido constatar que la comunidad huilliche de Weketrumao conserva y mantiene activa su estructura político-administrativa, lo que se expresa en la vigencia que tiene el lonko como autoridad, y su sentido de pertenencia al pueblo huilliche se expresa en su participación permanente en el Consejo General de Caciques y en el reconocimiento al lonko mayor en ejercicio. Los lonko son autoridades reconocidas dentro de la comunidad y que poseen un rol político al encabezar todas las gestiones de defensa territorial y son, además los llamados a resolver los conflictos internos de uso, goce y distribución territorial, asignándoseles facultades jurisdiccionales. Los lonko como autoridades tradicionales huilliche, son competentes para el conocimiento de los conflictos internos sobre tierra y otros; a ellos compete igualmente la búsqueda de las soluciones y la aplicación de justicia.

Desde el contexto señalado, la primera verificación existente es reconocer el carácter del Consejo General de Caciques de Chiloé como organización político-administrativa del pueblo huilliche insular. El Consejo es la organización tradicional huilliche y los lonko autoridades tradicionales indias. Al señalar esto resalta el hecho de que el Consejo General de Caciques no es una organización superestructural creada a posteriori de la existencia del pueblo huilliche mismo, sino que es la expresión política administrativa del pueblo huilliche de Chiloé y en esta institución está presente una concepción de nación, donde el límite étnico entre el mundo huilliche y el no huilliche fija la jurisdicción de sus lonko y por lo tanto delimita la fuerza normativa de sus usos y costumbres.

Por otra parte, la comunidad de Weketrumao conserva formas de uso comunitario de la tierra y reivindica los títulos coloniales como prueba histórica de su posesión ancestral. Si bien los espacios territoriales del fundo han mermado en casi 30.000 Hás, la comunidad se siente con derecho sobre el fundo global, al que se sigue percibiendo como la casa de los huilliche de Weketrumao. Existen ciertos usos tradicionales que se mantienen vigentes en la práctica comunitaria referida al goce y distribución de la tierra como aquella que indica que son los mayores los que reparten la tierra familiar.

La comunidad de Weketrumao recurre, sin embargo, a las instituciones jurídicas nacionales, como tribunales de

justicia, Carabineros de Chile, autoridades alcaldías y ministeriales en los casos en que le parece más apropiado para la obtención de sus reivindicaciones.

Una de las características más relevantes del comportamiento socio-jurídico de la comunidad de Weketrumao es que se advierte en ella un uso consciente de "sistemas jurídicos" que si bien aparecen entremezclados pueden no obstante ser diferenciados. Así, la comunidad recurre al lonko para la resolución de conflictos en busca de justicia haciendo uso del sistema jurídico originario, y en caso de no encontrar allí resolución, accede a instancias indígenas superiores (el Lonko Mayor como segunda instancia y, ascendiendo, al Consejo General de Caciques), para finalmente traspasar la barrera étnica acercándose a representantes del sistema jurídico nacional. Sin embargo, este traspaso se realiza siempre con el apoyo de la figura del lonko, ya sea porque él encabeza las acciones; o porque se actúa en su representación o invocando su autoridad.

El traspaso consciente de esta barrera étnico-jurídica da cuenta de un pueblo en condiciones de decidir sobre sus conflictos internos y externos, lo que permite entender que sus demandas territoriales se hayan mantenido no obstante la adversidad, en espera de mejores soluciones según sus necesidades y su propio sentido de la justicia

### **Referencias**

- Consejo General de Caciques de la Buta Huapi Chillue. Serie de Documentos de Autodiagnóstico de las Comunidades Huilliche de Chiloé, Chiloé, 1993.
- Eyzaguirre, Jaime. Historia del Derecho. Santiago, Editorial Universitaria, 1982, 8ª Edición.
- Lipschutz, Alejandro. La Comunidad Indígena en América y en Chile. Santiago, Editorial Universitaria, Colección América Nuestra, 1956.
- Molina, Raúl y Martín Correa. Informe: Propiedad, Tenencia y Demandas de Tierras en las Comunidades Huilliche de Chiloé. Comisión Especial de Pueblos Indígenas CEPI, 1992.
- Muñoz, Manuel. Las Transformaciones del Sistema de Tenencia de la Tierra y su Impacto en la Identidad Étnica del Pueblo Huilliche de Chiloé. Tesis para Optar al Grado Académico de Licenciado en Antropología, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 1996.
- Olivera, Ana. Las Comunidades Indígenas de Chanquín y Huentemó y sus Derechos Históricos sobre el Fundo Anay: Una Reflexión en torno a la Costumbre Huilliche. Memoria para Optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1994.
- Stavenhagen, Rodolfo.

Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. México, III-IIDH, 1990.