

IV Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Santiago de Chile, 2001.

En Segura y Perpetua Propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX.

Víctor Toledo.

Cita:

Víctor Toledo. (2001). *En Segura y Perpetua Propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX. IV Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Santiago de Chile.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/iv.congreso.chileno.de.antropologia/160>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/ef8V/pef>

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>.

En Segura y Perpetua Propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX

Víctor Toledo

Presentación

En este ensayo nos interesa revisar algunos aspectos del marco jurídico de la constitución de la propiedad en territorio indígena al sur del Bio Bio desde mediados del siglo XIX. Al respecto, existe consenso en identificar a la Ley de 4 de diciembre de 1866 como determinante.

José Bengoa ha sido la voz autorizada en indicar la relevancia de la citada Ley

"En la ley del 4 de diciembre de 1866 se señalaba que los terrenos al sur del Bío Bío serían tratados como fiscales, que se sacarían a remate por parte del Estado y que se formaba una Comisión Radicadora de Indígena que los ubicaría en los terrenos que fueran de su pertenencia"²

El mismo autor, agrega en otra obra,

"En 1866, Cornelio Saavedra logra que el gobierno de José Joaquín Pérez declare todas las tierras al sur del río Malleco como fiscales. Con esta medida se expropió de una sola plumada a los mapuches, pero les impide vender sus tierras a los particulares"³

Otro investigador señala que

"en 1866 el Congreso Nacional, aprueba una legislación de marcado corte 'estatista',..., en virtud de la cual se pretende regular la ocupación del territorio fronterizo e indígena, entregando en la práctica al Estado su propiedad"⁴

Tales afirmaciones respecto a la declaración de propiedad fiscal de las tierras en territorio indígena se repiten en diversos textos y escritos, y se pueden multiplicar citas y referencias a múltiples autores que han escrito sobre el tema desde la década de 1960. Asimismo, tal afirmación ha sido incorporada al discurso de organizaciones e investigadores indígenas.

Sin embargo, basta con leer detenidamente el texto del citado cuerpo legal para constatar que tales interpretaciones no se ajustan al texto. La ley de 1866 no declaró fiscales las tierras indígenas, no conculcó los derechos

de propiedad mapuche, no estableció una expropiación, ni entregó al Estado la propiedad de las posesiones indígenas.

No obstante las nociones arraigadas persisten, y para seguir sustentando la tesis de la "declaración fiscal", algunos investigadores incurren en otros errores de interpretación. Por ejemplo, se atribuye a dos cuerpos legales de mediados del siglo XIX efectos sobre la propiedad indígena en el sentido de que el Estado se apropia de las tierras mapuches (las "declara fiscales"): la dictación de la ley de 1852 que crea la provincia de Arauco, y la promulgación del Código Civil, cuyo artículo N° 590 establece que "Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño".⁵ Tal interpretación de esos cuerpos legales confunde dos asuntos vinculados pero distintos: soberanía y propiedad de los recursos.

Que el Estado chileno proclamara su soberanía en territorio indígena, no implicaba la negación de derechos de propiedad indígena (incluso, en teoría, no implicaba la ocupación militar y la guerra). No cabe confundir los conceptos de tierras con territorios. Eso lo tenían claro los intelectuales del siglo XIX. La incorporación de los territorios indígenas autónomos por parte de los estados latinoamericanos en el siglo XIX motivó acciones y la elaboración de constructos legales para resolver tres asuntos claves, en primer lugar, la cuestión de la soberanía y "mejor derecho" de cada República sobre tales territorios; en segundo lugar, la cuestión de la propiedad del suelo; en tercer lugar, qué hacer con las gentes de los pueblos indígenas sometidos y definir su estatus jurídico.

Por cierto, el desposeimiento de las indígenas respecto a sus tierras, la violenta apropiación por parte del Fisco y particulares son hechos probados e innegables. Al ocupar el territorio de La Araucanía, el Estado dispuso de las tierras como si fuesen fiscales. Esos fueron los hechos, pero no el derecho.

El asunto es relevante de analizar tanto para fines de una interpretación más adecuada del proceso de constitución de la propiedad escriturada al sur del Bio Bio - la llamada "cuestión de la propiedad austral"-, como para fines de comprensión de problemas contemporáneos de reclamaciones de tierras indígenas, las denominadas "tierras antiguas" que no fueron reconocidas en los Títulos de Merced. Los remates de tierras hechos por el Estado ¿ se ajustaron a derecho, de acuerdo a la propia legislación chilena? ¿La propiedad indígena es aquella que emana de títulos otorgados por el Estado, según se sostuvo en 1990 con ocasión del debate de la actual ley indígena (19.253), en que se afirmó que el Estado declaró fiscales las tierras al sur del Bio Bio?

La historia de la ley de 4 de diciembre de 1866

Consolidado en primer avance militar sobre el territorio indígena, Cornelio Saavedra y los sectores vinculados a él, presionaban por seguir adelante con las siguientes etapas de su estrategia. En Septiembre de 1863, Saavedra presentó una moción ante la Cámara de Diputados, previamente acordada con el Presidente de la República, en la cual propone el siguiente proyecto de ley:

"Art. 1º: Se declara de utilidad pública los terrenos que a juicio del Presidente de la República, fuesen necesarios para fundar i fomentar poblaciones en el territorio ocupado por los indígenas, haciéndose la expropiación conforme a la lei.

La discusión del proyecto de Saavedra en la Cámara de Diputados duró tres años, durante los cuales se fue al fondo de la nueva problemática.

Ya se había iniciado la ocupación, entonces, ¿qué estatus tenían los indígenas y sus tierras? ¿son ciudadanos? ¿tienen derecho de propiedad? ¿cómo completar la ocupación? A lo largo de sus debates suscitados por el proyecto de Saavedra, la Cámara mostró particular preocupación por ajustar el proyecto original a las preocupaciones y nuevos principios legales de un tiempo de codificación y pensamiento jurídico-liberal. Estaba ya vigente el nuevo código civil redactado por Andrés Bello, funciona el sistema de registro conservador de la propiedad, las escuelas de pensamiento jurídico están ya decantadas, predomina el positivismo jurídico. Es también el tiempo de maduración del discurso de la nación y, precisamente, son algunos de los

principales "nation-builders" - Lastarria, Vicuña Mackenna, Amunátegui- los que opinarán más latamente sobre el proyecto, teniendo como marco de su pensamiento sus nociones civilizatorias y de un nosotros nacional chileno en construcción. ¿Qué haremos nosotros con ellos, los indios, en su/nuestro territorio? ¿Cómo ocupar su territorio que ellos ahora ocupan? ¿tienen derechos que debemos respetar? ¿se lo compramos, se lo expropiamos? ¿Qué hará nuestra civilización con la barbarie de ellos? ¿con qué derecho? En palabras del Diputado Echaurren Huidobro el dilema era cómo "marchar con la Constitución en la mano en la empresa de la gradual conquista civilizadora de la Araucanía"

El prurito de marchar "con la Constitución en la mano" es un claro eco del encendido debate ocurrido cinco años antes, con motivo de un proyecto de Ley para desplazar la frontera desde el río Bio Bio hasta el Malleco, proyecto materializado en 1861 con la expedición a la antigua Angol. Con ocasión de ese debate la Iglesia a través de la Revista Católica puso un argumento duro para refutar a quienes alentaban a la ocupación de Arauco y apropiación de las tierras mapuches bajo el fundamento de que se trataba de territorio chileno pues así lo disponía la Constitución de 1833. Si la Araucanía es parte de Chile, decía la Revista Católica, entonces los araucanos son ciudadanos y allí rigen los derechos y garantías al derecho de propiedad, que la Constitución señala.

Para la época era un hecho evidente que la sociedad mapuche existía, estaba firmemente establecida y tenía poder. Los informes de observadores enviados por el Gobierno en la década de 1840 y 1850, tales como Antonio Varas, Claudio Gay, Ignacio Domeyko, así como la presencia de misioneros, comerciantes y una larga historia secular de relaciones, hacían inaplicable la doctrina de la "terra nullius", la Araucanía no era "tierra de nadie", baldía, y por tanto ipso facto fiscal, de acuerdo al artículo 590 del Código Civil recién promulgado. Para los juristas de la época la propiedad indígena fue un dato dado, el problema era si se les expropiaba o se compraban tierras a fin de fundar pueblos.

La propuesta de Saavedra era la expropiación, basándose en la declaración de utilidad pública. Con esa fórmula, incluso Saavedra el impulsor de la ocupación, implícitamente reconoce un derecho de propiedad indígena.

Informe de la Comisión de Gobierno

En primera instancia el proyecto fue sometido a revisión por la Comisión de Gobierno de la Cámara de Diputados, integrada por los señores Antonio Varas, Manuel Recabarren y Domingo Espiñeira, la que presentó en julio de 1864 un informe y un contra-proyecto. Para la Comisión, el proyecto involucraba dos cuestiones: a) la civilización de los indígenas fundando nuevas poblaciones; b) regular los contratos de compraventa de tierras (artículos 3°, 4° y 5° del proyecto). En relación al primer asunto -la fundación de nuevas poblaciones- juzga la Comisión que es inadecuada la norma general de la expropiación de terrenos, recomendando la compra por parte del Estado de los terrenos necesarios, además:

"Teme también la Comisión que ejercida la expropiación respecto de indígenas a quienes no puede suponerse muy capaz de apreciar los fundamentos de la expropiación, el acto se presente con todo el aire de un verdadero despojo y contrarie la reducción pacífica que no debe perderse de vista".

Propone entonces la siguiente redacción:

"Art. 1° Adquieráanse los terrenos necesarios para fundar poblaciones en los puntos del territorio indígena que el Presidente de la República designare."

Informe de José Victorino Lastarria

A continuación del Informe de la Comisión expone el diputado José Victorino Lastarria, a nombre de "veinte i tantos señores Diputados" que le han solicitado prepare un informe en derecho. El diputado Lastarria hacia 1864 era, junto a Andrés Bello, uno de los principales juristas de Chile, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile y líder del pensamiento liberal. Su opinión fue determinante en la modificación de los fundamentos del proyecto presentado por Saavedra, oponiéndose a la expropiación por inconstitucional y argumentando a favor de un derecho de propiedad indígena.

"Establecer la expropiación para que el Estado exclusivamente adquiera los terrenos de indígenas en el día no solo es inconstitucional sino innecesario. Es inconstitucional porque la práctica y las leyes patrias dictadas después de nuestra independencia han reconocido en el indígena un verdadero derecho de propiedad".

Lastarria tenía claro el objetivo de la ley en debate, -colonizar el territorio indígena, por medio del establecimiento de poblados-, "pero,- agrega Lastarria- semejante objeto implica una gravísima cuestión, cual es reglar la propiedad de los indígenas".

Al respecto, el profesor Lastarria clasifica las dos propuestas de acuerdo a las doctrinas jurídicas a las cuales cada una representa. Señala que el proyecto original, presentado por Saavedra, ha partido del derecho antiguo, el de las leyes de Indias, que establece que los indígenas no tienen sino la posesión, el dominio útil de los terrenos que ocupan, quedando el dominio directo en manos del soberano. Por otra parte, señala que el proyecto presentado por la Comisión parte del derecho patrio o nuevo, en que "después de la Independencia se ha considerado a los indígenas como ciudadanos chilenos, a los menos, en cuanto a sus derechos civiles; se les ha reconocido como dueños de los terrenos que ocupan".

Agrega Lastarria:

"Desde que Chile ha abandonado esos principios del derecho antiguo y ha reconocido en el indígena no solo la posesión sino el dominio directo del territorio que ocupa de cualquier manera que lo ocupe, como quiera que esté circundado o deslindado, y desde que se han dictado leyes para reglar la transmisión de esas propiedades, a fin de asegurar siempre al indígena su derecho, su dominio, pregunto ¿no sería injusto, inconstitucional y atentatorio volver atrás, declarar la expropiación de aquel territorio?"

Por consiguiente, recomienda adoptar el punto de partida propuesto por la Comisión, "es decir, que los contratos traslativos de dominio sobre terrenos de indígenas no puedan celebrarse válidamente sino por el que tenga títulos lícitos y competentes"

No se escapa a Lastarria que este principio plantea una dificultad:

"es posible que los cristianos tengan título, pero los indígenas no los tienen, hay allí propiedades indivisas y he aquí por qué es indispensable adoptar cierto género de medidas especiales para aquel territorio, a fin de deslindar las propiedades de los indígenas, darles un título de merced que registren de un modo extraordinario o distinto del que tenemos en los pueblos civilizados, habilitándoles así para transmitir sus propiedades". Para deslindar las propiedades de los indígenas el proyecto de Lastarria propone en su Artículo 6 la constitución de una comisión de peritos ingenieros para resolver las cuestiones que se susciten darles el título de

merced y copiarlo en un libro que hará las veces de registro conservador.

Lastarria es explicito respecto a la armazón del proyecto, y la vía para enajenación de las tierras indígenas, con la "Constitución en la mano": se reconocen los derechos de propiedad, se deslindan las posesiones, se inscriben los títulos, y una vez realizado esto el indígena está habilitado para vender y el Estado y particulares en condiciones de comprar legalmente. La presentación de Lastarria contaba con el respaldo de 20 diputados, por lo tanto se abrió paso con relativa facilidad. No obstante, hubo diputados que plantearon su opinión desposesoria respecto a los indígenas. Por ejemplo, el diputado Vargas Fontecilla sostuvo:

"confieso señor, que no tengo ninguno de los escrúpulos manifestados por algunos señores diputados respecto de la expropiación. [...] Hasta ahora no existe regularidad en el territorio araucano; pero una vez que el Estado se haga dueño de todos los terrenos situados en la Araucanía, podrá introducirse la más perfecta regularización de la propiedad"

El diputado Toro:

"según mi opinión todo el territorio de indígenas pertenece al Estado. [...] Por mi parte, no reconozco más propiedad que la que ha sido adquirida en conformidad con nuestras leyes, y la del indígena no se encuentra en este caso".

Consignamos estas opiniones de minoría pues expresan justamente aquello que, los investigadores de un siglo más tarde, han atribuido erróneamente como el "espíritu de la ley". Efectivamente, hubo quienes plantearon la propiedad estatal de las tierras de la Araucanía, sin embargo no fue esa la opinión predominante en el poder legislativo en 1864-66.

Por cierto, también en el caso de Chile se esgrimió el argumento de la terra nullius, ampliamente utilizado en el siglo XIX en países donde se verificaron expansiones a "tierras nuevas" tales como Argentina, parte de Australia, EEUU. Tal doctrina sostuvo que los indígenas de esos países no tenían derechos de propiedad sobre terrenos puesto que se trataba de poblaciones nómades, que no cumplen los requisitos que la doctrina jurídica de occidente establece respecto a la posesión, siguiendo lo establecido por Locke. Pero este razonamiento, en Chile fue refutado en la misma Cámara de Diputados.

Al respecto, Antonio Varas, reputado en la época como un experto conocedor de la Araucanía y sus asuntos, señaló:

"el honorable diputado por Combarbalá ha creído que nuestros indígenas se encuentran en la misma condición que los Pampas, que andan vagando sin tener una posición fija. Su señoría esta muy equivocado. Nuestros indios tienen siembras de trigo, chacras y crianzas de animales, asemejándose mucho su posición a las de los inquilinos de nuestros campos. No se encuentran pues en condiciones análogas a los de los Estados Unidos, que llevan una vida errante y de cazadores. Respetemos, pues, al indígena en su localidad, no le hagamos abandonar su situación, no destruyamos esas relaciones de amor al suelo natal que tanto contribuyen a civilizar al hombre"

Y frente al argumento de recurrir a la fuerza para desalojar a los indígenas, Varas sostuvo:

"creo que tenemos fuerza bastante para desalojar a los indios de sus posesiones actuales y aun más allá; pero el que tengamos fuerza suficiente para cometer esta arbitrariedad ¿nos autoriza para llevarla a cabo?"

Hacia 1865 el asunto de los derechos de propiedad de los indígenas era ya tema zanjado en el plano teórico-jurídico: tienen derechos de propiedad. Y el proyecto de "incorporación de la Araucanía a la civilización" sólo podía hacerse respetando la Constitución. Ese es el razonamiento de Lastarria que primó en el debate de la Cámara.

Además, cuando Lastarria afirma que el proyecto de Saavedra contiene artículos inconstitucionales, no está lanzando un anatema, sino simplemente advirtiendo que la expropiación de tierras y remates serán actos nulos. Tal nulidad no se debe a que el Estado no pudiese realizar actos expropiatorios, sino porque en La Araucanía hay propiedad indivisa, hay derechos de propiedad pero aun no hay títulos. ¿Cómo podría expropiar contraviniendo las propias leyes en la materia? Como buen constitucionalista Lastarria tiene en mente el artículo 160 de la Constitución de 1833.

El argumento de la inconstitucionalidad es un argumento capital, pues remite al tema de la juridicidad de los actos de los órganos y funcionarios del Estado, y que la Constitución conservadora nacida después de la batalla de Lircay se preocupó de establecer, y que marca a los constitucionalistas hasta nuestros días. El autor de artículo 160, Mariano Egaña, tuvo en consideración el germen de anarquía subyacente en la intrincada situación de las atribuciones de las distintas autoridades, tanto gubernativas como judiciales cuyas competencias -heredadas del régimen colonial- no se encontraban debidamente delimitadas, dando origen a constantes conflictos entre ellas. El remedio jurídico fue la delimi-

tación precisa de cada autoridad, por medio de la Constitución o una ley. Y a la vez se impone de modo rotundo y tajante la nulidad de todo acto que contraviniera el principio de juridicidad. "Todo acto en contravención es nulo". Nulidad de pleno derecho, ipso jure y ab initio. Es la afirmación de la supremacía de la Constitución.⁶ Lastarria, al igual que todos sus colegas, estaba interesado en la incorporación de la Araucanía y la enajenación de las tierras indígenas, pero constitucionalista ante todo, tratadista que había analizado detenidamente la Carta Fundamental en su obra de 1856, se plantea la vía jurídicamente viable, coherente con el ordenamiento legal y la jurisprudencia del Chile de 1860.⁷

La objeción fundamental que plantean los diputados partidarios de la confiscación se refiere a que en La Araucanía no están en vigor la Constitución y las Leyes de la República. Sin embargo, para la mayoría de los parlamentarios la afirmación del imperio de la Constitución de 1833 era una cuestión de principios.

Así, el diputado Miguel Luis Amunátegui sostuvo que, sin bien "los hechos que todos conocemos, que nadie podría negar, responden terminantemente que no", que no imperan la constitución en el territorio indígena, sin embargo:

"Parece innegable que el ánimo de los constituyentes de 1833 fue que las disposiciones de la Constitución fuesen aplicadas, a lo menos en cuanto se pudiera, a todos los que habitan desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos. Debemos pues, evitar el suspender el imperio de la Constitución, aun cuando se trate de los indígenas independientes que habitan en el territorio chileno"

Tal era el estado de la soberanía virtual chilena hacia 1865. En rigor los asentamientos humanos del Chile republicano, hacia mediados del siglo XIX, se ubicaban entre Copiapó por el norte, y el río Bio-Bio por el sur. Esa ocupación databa desde el período colonial. Además existían los enclaves aislados de Valdivia, Osorno, Chiloé y Punta Arenas. Tal era el Chile real, de un millón y medio de habitantes en 1860.

Al respecto el diputado Echaurren Huidobro agrega:

"Mi honorable amigo dice que los araucanos no respetan nuestra Carta; convenido, digo yo; pero ¿de aquí se deduce que nosotros mismos no la respetemos?"

Aclaradas las cosas, finalmente restará a los parlamentarios pulir los artículos relativos a los remates de tierras reputadas baldías y fijar los sueldos de los funcionarios. En 1866 después de expedito trámite en el Senado es promulgada el 4 de diciembre la "Ley sobre

fundación de poblaciones en el territorio de los indígenas y enajenación de propiedades de éstos"

Tal ley, como se ha señalado, fue la que rigió el proceso de constitución de la propiedad en los territorios indígenas al sur del Biobío. En ella se reconoció el derecho de propiedad de que eran sujetos los indígenas, y se estableció el mecanismo de la delimitación de sus posesiones y las instituciones públicas encargadas de delimitar y escriturar las propiedades indígenas y cautelar sus derechos: la comisión de ingenieros y el protector de Indígenas. El quid del asunto era que los terrenos respecto de los cuales los indígenas no probasen una posesión superior a un año serían reputados como baldíos, por tanto fiscales. En tanto no existía propiedad delimitada, el Fisco y los indígenas eran comuneros, hasta que llegase la Comisión Radicadora. Pero para poner en práctica la nueva ley, primero debía ocuparse militarmente la Araucanía.

Entre 1866 y 1883 se desarrollan las cuentas campañas de la ocupación. Y detrás de las tropas llegan también los especuladores de nuevas tierras. En función de proteger los intereses fiscales se dictan una serie de leyes que intentan regular el comercio de tierras indígenas. Equivocadamente se les ha llamado leyes protectoras de indígenas, son en rigor leyes cautelares de los intereses del Fisco que al estar en comunidad con los indígenas si estos venden tales intereses fiscales podían verse menoscabados.

Intentos de declarar fiscales las tierras al sur del Biobío

Al retomar las operaciones militares de ocupación, en 1877 los militares vuelven a replantear el asunto de los derechos y propiedades indígenas. Eran tiempos de guerra contra el indio, y el gobernador militar de Arauco General Gregorio Urrutia, escribía en su memoria anual: ¿No habrá algo de anómalo en eso de colocar a los bárbaros araucanos bajo el amparo de una Constitución que no reconocen ni respetan i cuyas cargas no les gravan en manera alguna? ¿La barbarie tendría, por el hecho de serlo, privilegios i esenciones de que no gozan los ciudadanos que adeudan a su país parte de su fortuna i la vida misma? ¿La Nación sería solamente la obligada a respetar la supuesta propiedad de salviajes que no respetan ni las vidas, ni las propiedades de sus vecinos?"

Tales planteamientos se abrieron paso en el Gobierno, aun más después de la victoria chilena en la Guerra del

Pacífico. En el verano de 1881 el Presidente de la República, Anibal Pinto, envía un proyecto de Ley al Congreso en el cual se establece que

Art. 1° El Estado es dueño de todos los territorios situados en el territorio indígena "el Estado es dueño de los territorios situados en el territorio indígena".

"Art. 2° El Estado concederá a los indígenas ocupantes del territorio antedicho, una estension de terrenos que se determinará a medida que se vaya levantando el plano de él."

De este modo, los indígenas quedan asimilados a la condición de "ocupantes" en territorio estatal, sin derechos de propiedad anteriores a los que el propio Estado les conceda. Tenemos así en dos artículos una radical redefinición de la cuestión de Arauco. Su buscaba resolver de una sola vez el establecimiento de la soberanía y la propiedad: ocupación del territorio y apropiación fiscal de las tierras.

El Presidente, adelantándose a posibles objeciones, señala en su mensaje que,

"Al formular esa primera prescripción del proyecto, se ha tenido presente los abusos a que ha dado origen el reconocimiento demasiado lato que se ha hecho del derecho de los indígenas sobre las tierras del territorio araucano, i se le ha reducido a los terminos i condiciones en que ha sido respetado en los demas países conquistados por la civilizacion".

No cabe más respeto a los derechos de los indígenas sobre sus tierras que lo que se practica "en los demás países conquistados por la civilización", en directa alusión a la política seguida en los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo ejemplo era referencia obligada en la prensa contemporánea.

Sin embargo, los ecos del debate de inicios de los años sesentas aun se escuchan, y el Presidente sabe que está frente a una paradoja: si los indígenas son chilenos, entonces tienen garantizado por la Constitución su derecho de propiedad, por tanto el Artículo 1° del proyecto que propone, solo es aplicable previa ley de expropiación, empero, Su Excelencia sostiene que tal objeción no tiene cabida, aduciendo que,

"no sería cuerdo tampoco considerar a los araucanos en posesión de todas las garantías que otorga una Constitución que ellos no reconocen ni respetan".

De esa declaración de cordura, a la guerra final contra los mapuches, un paso.

El debate del proyecto en las dos Cámaras del Congreso Nacional tomó tres largos años, entretanto se iniciaron las campañas de ocupación militar definitiva de La Araucanía, que se extendieron desde 1881 a 1883. Lo

cuerdo para la elite dirigente del valle central era hacer la guerra contra esos indios que no respetaban ni reconocían la Constitución de la República de Chile, y poseionarse, al fin, de esa "fuente inagotable de riquezas".

Ley de 1883. Reafirmación de principios de 1866

Sin embargo, en el debate parlamentario primaron los argumentos que en su tiempo sostuvo José Victorino Lastarria, y se reafirmaron los postulados de la ley de 4 de diciembre de 1866.

El senador Francisco Puelma, a nombre de la Comisión encargada de estudiar el proyecto de ley, informó en enero de 1883:

El Gobierno ha creído que los terrenos del territorio de Arauco eran fiscales, y entraba a fijar en el proyecto los que por gracia concedía a los indígenas.

Pero la Comisión ha juzgado que no era posible desconocer las propiedades pertenecientes a aquellos, propiedades que han sido siempre reconocidas, y que lo único que debía hacerse era evitar los inconvenientes que se presentan para deslindarlas y poner coto a los abusos de los especuladores.

Por lo demás, debe saber la Cámara que desde hace muchos años se encuentran en nuestras leyes disposiciones que reconocen a los indígenas como ciudadanos chilenos, y que, como estos, pueden disponer de sus bienes; por consiguiente, no sería posible venir a constituir la propiedad indígena en condiciones contrarias a aquellas en que ha existido hasta ahora.

El senador Puelma fue al fondo del asunto: deslindar los terrenos fiscales respecto de la de los indígenas. Esa era la materia de la cual se ocupaba la ley de 1866 y que debía ser perfeccionada. Mientras no se deslindaran las propiedades, Fisco e indígenas eran comunes, y el Estado no podía rematar.

La ley promulgada en enero de 1883 repuso los procedimientos e instituciones de la ley fundacional de 4 de diciembre de 1866, e introdujo nuevas restricciones, estableciendo la prohibición de compraventa de tierras indígenas por 10 años. Dicha prohibición se renovará periódicamente durante más de medio siglo. Tal fue la legislación que reglamentaría el proceso de constitución de la propiedad en el territorio indígena. En derecho. Los hechos ocurrieron de otro modo.

Comentarios finales

El aspecto más relevante de la Ley de 1866 y replanteada en 1883 es que en ella se reconoce la posesión indígena de la tierra, es decir, un modo de propiedad anterior a actos legales o escriturales. Contrario sensu de la opinión común que sostiene que el Estado decretó la propiedad fiscal de todas las tierras comprendidas en el territorio indígenas lo que la legislación de 1866 estableció fue el reconocimiento de los derechos de propiedad de los mapuches y que, en relación a los terrenos baldíos, la propiedad fiscal sólo podría definirse una vez delimitadas las posesiones de los mapuches. Sólo entonces podría el Estado proceder a adquirir terrenos para fundar poblaciones, y a rematar, dar en concesión o asignar a colonos las tierras baldías de su propiedad. Por cierto, es sabido que tal precepto jurídico no se cumplió: en gran parte de la Araucanía se procedió previamente a hijuelar los terrenos antes de deslindar las propiedades indígenas, se remató, colonizó y concesionó al mismo tiempo que se radicaba a los mapuches, y muchas zonas ésto se realizó al final de la subasta, en lo que sobrara.

Tal como señalaba don Eulogio Robles en 1911 " Para proceder con el método indicado por la ley, se debió en primer término, radicar a los indios en lo que ocupaban, y hecha la radicación, habría quedado determinado el sobrante que es de propiedad del Estado: el Fisco habría sabido matemáticamente la extensión de terreno que le pertenecía. No se obró así. Al mismo tiempo que se radicaban indígenas, se formaban hijuelas para remates, se daban lotes de terreno en arrendamientos, se donaban suelos a colonos, y se hacían enormes concesiones de suelos a particulares. Todavía más: en muchas ocasiones se procedió primeramente a rematar hijuelas, a colonizar, etc., y en el sobrante se radicó a los indios".

Paradoja jurídica del Estado chileno, que hacia 1866 buscaba realizar la entrada a La Araucanía "con la Constitución en la mano". No se respetaron las posesiones indígenas -las "tierras antiguas"- en su integridad. La Comisión radicadora en su accionar se arrogó atribuciones e introdujo criterios no establecidos en ley alguna; el fisco remató, concesionó y colonizó tierras que no le pertenecían de acuerdo a sus propias leyes; a esa acción desposesoria estatal se sumaron las violencias y usurpaciones de los particulares, que fueron agravantes de un proceso masivo de despojo. Por acciones de agentes e instituciones del Estado y actores privados, -en un clásico estilo portaliano- fueron atro-

pellados sistemáticamente aquellos derechos de propiedad de los mapuches que las propias leyes chilenas reconocieron, quebrantando el principio de juridicidad de la joven República.

En palabras del Protector de Indígenas de Cautín, no se respetó la doctrina republicana primigenia que garantizaba a los indígenas sus tierras "en perpetua y segura propiedad".

En el territorio indígena de la Araucanía "se aplicó la ley en sentido inverso: el Fisco dispuso de lo que quiso, y en el resto de los suelos se radicó a los indios".

Así, los títulos de propiedad emanados de actos del estado: remates, concesiones, colonizaciones, o de aplicación de la prescripción, carecieron de valor jurídico en muchos casos. La certeza jurídica acerca de la propiedad, asunto fundamental de todo sistema legal, fue problemática al sur del Bio Bio durante mucho tiempo. En 1940, el jurista y profesor de la Universidad de Chile Antonio Zuloaga señalaba que "La constitución de la propiedad austral, ha pasado por muchas vicisitudes por no haberse seguido una política franca y abierta". A su vez el Fiscal de la Corte Suprema, don Adolfo Ibañez, señalaba que todos estos inconvenientes se habrían evitado, "estableciendo lo que en un principio debió hacerse, esto es, considerar, al igual que los Estados Unidos de Norte América, que el indio no es dueño ni propietario del terreno que habita, que sólo es un simple ocupante o detentador".

Paradojas de Chile. La legislación de 1866-83 constituyó una excepción en el siglo XIX donde tratándose tierras indígenas primaba la doctrina de la tierra nullius. Quien mejor ilustra esta singularidad es el dirigente mapuche Manuel Aburto Panguilef, a quien se le reconoce como uno de los primeros líderes autonomistas mapuches. En 1918 exigía paralizar los remates de tierras que realizaba el Estado, revisar todas las radicaciones y aplicar lo que él llamó "la sabia ley de 1866", aquella que reconocía los derechos de propiedad indígena sobre sus posesiones, las tierras antiguas, todas las tierras.

Es sorprendente que con ocasión de la ley indígena de 1993, el discurso indigenista sostuviera que la propiedad mapuche es aquella que emana de títulos del Estado, pues este "declaró fiscales" las tierras al sur del Bio Bio en 1866, y que las reclamaciones de tierras mapuches solo se limitan a las tierras comprendidas en los Títulos de Merced. En busca de un "concepto operacional" de tierra indígena, la ley 19253 en su artículo 12, sí niega "de una plumada" los derechos y reclamaciones sobre las tierras antiguas.

Ente 1866 - 1929, el Fisco -definido como comunero con los indígenas- fue arbitro y parte, y se convirtió en el principal defraudador de la leyes de propiedad indígena, en medio de un violento largo y avasallador proceso de sometimiento, radicando a los mapuches en una mínima porción de las tierras ocupadas, que las mismas leyes chilenas les reconocieron como propias. La diferencia legal chilena no es una cuestión de implicancias menores, y de ello estuvieron enterados los contemporáneos. De cara a la cruda realidad de La Frontera, las autoridades, parlamentarios y publicistas de la época, estaban conscientes que de no mediar un cambio legal, y vistos los procedimientos y hechos del sur de Chile, en el fondo del asunto, la constitución de la propiedad no-indígena, por la vía de remates, concesiones, cesiones, y prescripción, resultaba no solo lesiva a los intereses fiscales y de los derechos de los indígenas, sino que se trataba de actos nulos de derecho público.

Notas

En este documento se presentan resultados preliminares del proyecto de investigación dirigido por el autor,

- 2 J. Bengoa, Historia del Pueblo Mapuche, Ediciones SUR, Santiago, 1985, p. 346.
- 3 J. Bengoa, "Breve historia de la legislación indigenista en Chile", Documentos, Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Santiago, Octubre de 1990.
- 4 J. Aylwin, "Estudio Sobre Tierras Indígenas de La Araucanía: antecedentes histórico legislativos (1850 - 1920)", Documento N° 3, Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, mayo, 1995.
- 5 Opiniones erradas sostenidas por Raul Molina en Seminario "Análisis Territorial de la Política de Tierras Indígenas". FPEPP, Universidad de Chile, 3 de Agosto 2001.
- 6 Soto Klos, E. Derecho Administrativo. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1990.
- 7 Sobre la nulidad véase Briseño, R. Memoria histórico-crítica del derecho público chileno desde 1810 hasta nuestros días. Imprenta Belin, Santiago 1849; y al propio J.V.Lastarria "La Constitución Política de Chile comentada" (1856) en Obras Completas. Imprenta Barcelona, Santiago, 1906.

Comunidad Aymara y Procesos de Cambio Social en la Región Norte de Chile

Hans Gundermann

Introducción

En este trabajo se lleva a efecto un recorrido por la etnología y la historia de las instituciones comunales indígenas de Tarapacá en el extremo norte de Chile, una de las regiones más meridionales del área andina. El estudio de la reproducción y las transformaciones de la comunidad andina aymara se plantea en clave de larga duración (S.XVI-XX). Lo hacemos mediante la aplicación de un esquema de análisis socio histórico diversificado. Para estos efectos, se consigna una justificación inicial de la oportunidad del esquema y algunos de sus alcances. Proponemos que en el marco de discontinuidades históricas significativas (imposición y desarrollo de un sistema colonial; instauración de una modernidad latinoamericana; transformaciones de fines del S.XX), las formas comunitarias andinas regionales se nos presentan a la vez como continuidad y transformación. La persistencia debe verse como la continui-

dad transformada de las instituciones comunitarias andinas. Se hablará, así, de comunidad colonial, de comunidad andina local y sucesorial para el período moderno y de comunidad translocal para denotar los extensos y profundos cambios de las últimas décadas. La dinámica de la reproductión y el cambio resulta de la intervención de factores estructurales externos en relación con otros internos, correspondiente estos últimos tanto a lógicas sociales andinas, como a las formas de acción y reacción de los sujetos aymaras que procesan esa relación y que en ello van transformándose. Se cuestionan, por esta vía, las tesis continuistas de esencialidades sociales transhistóricas (tesis indianistas, por ejemplo); las posiciones internalistas (aquella de que lo andino se explica por lo andino; es decir en marcos locales, posición que corresponde a las prácticas de una antropología tradicional), así como también las tesis de la desestructuración (bajo el pos-