

LA DOCTRINA SOBRE DERECHO INDÍGENA EN CHILE EN LA ETAPA DE LAS RADICACIONES (1866-1930)*

THE CHILEAN SCHOLARSHIP ABOUT INDIGENOUS LAW IN THE STAGE OF LAND ALLOCATION (1866-1930)

*Óscar Dávila Campusano***

Resumen

En la etapa de las radicaciones de los indígenas en Chile, a partir de 1866 y hasta 1930, la legislación nacional dictada respecto de los naturales tuvo como objetivos, por una parte, radicar a los indígenas en sus tierras y, por otra, constituir propiedad indígena comunitaria. Se analiza el aporte de los juristas chilenos que, en este periodo, escribieron sobre la aplicación práctica de estas normas jurídicas.

Palabras clave: Leyes indígenas, propiedad indígena, radicación de los indígenas, constitución de propiedad comunitaria.

Abstract

In the stage of land allocation of indigenous people in Chile, which took place from 1866 to 1930, the legislation of that time had two aims. First, to radicate those individuals on their respective lands, and second, to establish an indigenous communitarian sort of property. This article examines the contributions made by the Chilean scholars of that time that wrote about the practical implementation of the corresponding legislation.

Keywords: Indigenous laws, Indigenous property, Land allocation, Establishment of Communitarian Property.

* Este trabajo fue presentado por el autor en el VI Congreso del ILAHD, realizado en Santiago entre el 15 y el 17 de noviembre de 2016.

**Licenciado en Ciencias Jurídicas. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 4 de diciembre de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de marzo de 2019. Correo electrónico: oscarenriquedavila1963@gmail.com

La investigación histórico-jurídica permite conocer y comprender las instituciones y normas jurídicas del pasado, pero, al mismo tiempo, de dicho conocimiento surgen propuestas para la solución de los problemas y desafíos que el derecho debe enfrentar hoy día y que demandan respuestas efectivas y oportunas.

En Hispanoamérica, durante todo el periodo monárquico, que se extiende desde el descubrimiento, hasta la Independencia de los reinos indios y su separación de la corona española, rigió un sistema jurídico conocido como derecho indiano, el que entre otras características se destacó por ser un ordenamiento jurídico protector de la persona indígena. Esta protección jurídica estaba enmarcada en el ámbito del derecho privado, donde los naturales fueron considerados incapaces relativos, requiriendo de autorización o representación para actuar tanto en el terreno judicial como extrajudicial, evitándose así que el indígena pudiera sufrir perjuicios o engaños en sus relaciones jurídicas con particulares no indígenas.

Asimismo, el derecho indiano creó instituciones protectoras como los corregidores de indios y los protectores de naturales. Se dictaron leyes que los protegían en el ámbito civil, procesal, penal, tributario y minero. En materia civil, las Leyes de Indias liberaron al indígena de la presunción del conocimiento de la ley, pudiendo este alegar ignorancia de una norma legal y probarlo. La costumbre indígena tenía valor como fuente del derecho, pudiendo ser aplicada entre naturales y siempre que no fuera contraria a la ley natural, la religión católica y las leyes reales. El testamento indígena era simple y podía otorgarse en forma verbal, ante el cacique como ministro de fe. Asimismo, las mujeres estaban autorizadas para actuar como testigos del acto testamentario. En lo procesal, los juicios de indígenas se tramitaban en forma breve y sumaria, y, además, no podían ser procesados por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, ya que, al ser considerados nuevos en la fe, era factible que cometiesen errores sin que por ello se les considerara herejes. Finalmente, en materia penal, los delitos cometidos contra un indígena debían recibir una penalidad más severa, por considerarse que se configuraba un agravante de responsabilidad penal. Las leyes monárquicas respecto de la propiedad indígena se fundamentaron en dos principios: el reconocimiento de la propiedad indígena y su protección.

En cuanto a lo primero, se reconocen como propiedad indígena las tierras comunitarias o individuales de las que los indios estaban en uso y posesión al llegar los europeos; así, por ejemplo, se consideraron como tierras de propiedad indígena aquellas en que se ubicaban las ciudades y pueblos de indios, los sitios que trabajaban en forma individual o comunitaria, sus cementerios y sitios rituales.

Respecto del principio de protección, esto significaba que en el derecho indiano existían disposiciones legales y administrativas que apuntaban a que las tierras indígenas no salieran de manos indígenas.

Posteriormente, a principios del siglo XIX en toda Hispanoamérica, junto con la independencia política de los reinos indianos, se impone el modelo del Estado Constitucional y con su llegada, durante la primera mitad del siglo XIX, se derogaron las normas protectoras de los indígenas que el derecho indiano había consagrado, suprimiéndose así todas las disposiciones que resguardaban la persona y bienes de los naturales, por ser consideradas contrarias al principio liberal de igualdad ante la ley, establecido en las constituciones políticas de las nuevas repúblicas. Así lo demuestra el estudio del caso de Chile, Perú, México, Costa Rica y Paraguay, por mencionar los procesos que se han estudiado con algún detalle, donde el proceso de derogación es, en la práctica, idéntico.

En el caso chileno, la derogación de esta normativa protectora la realiza el director supremo de Chile y cabeza del Poder Ejecutivo, Bernardo O'Higgins Riquelme, previo acuerdo con el Poder Legislativo de la época por un senadoconsulto de 4 de marzo de 1819, que declaró abolido el régimen protector del indígena, y que, además, suprimió el cargo de protector de naturales, por considerar que todo dicho estatuto era contrario al principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución de 1818, que el mismo Director Supremo había promulgado¹. Volviendo la mirada a esta ley derogatoria de 1819, su título y contenido denotan la noble intención del gobierno de la época de ayudar al progreso de los aborígenes, pero la realidad demostrará que solo se consiguió el efecto opuesto, al privar a los naturales de normas jurídicas muy sabias que la monarquía utilizó para resguardarlos de eventuales abusos y atropellos.

Vale la pena reproducir el texto original de esta ley:

“El Director Supremo del Estado de Chile, de acuerdo con el Excelentísimo Senado, declara. El gobierno español, siguiendo las máximas de su inhumana política, conservó a los antiguos habitantes de América bajo la denominación degradante de Naturales. Era esta una raza abyecta, que pagando un tributo anual estaba privada de toda representación política, y de todo recurso para salir de su condición servil. Las leyes de Indias colorían estos abusos, disponiendo que viviesen siempre en clase de menores bajo la tutela de un funcionario titulado Protector Jeneral de naturales. En una palabra, nacían esclavos, vivían sin participar de los beneficios de la sociedad, y morían cubiertos de oprobio i miseria. El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de

¹ Ricardo ANGUITA, *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 a 01 de junio de 1912*, p. 65.

nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, i libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz i representación concurriendo por sí mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elegir las artes a que tengan inclinación, i a ejercer la carrera de las letras i de las armas, para obtener los empleos políticos i militares correspondientes a su aptitud. Quedan libres desde esta fecha de la contribución de tributos. Por consecuencia de su igualdad de todo ciudadano, aun en lo que no se exprese en este Decreto, deben tener parte en las pensiones de todos los individuos de la sociedad para el sostén i defensa de la madre Patria. Queda suprimido el empleo de protector jeneral de naturales por innecesario”.

De esta forma, en Chile, a partir de 1819 y hasta 1866, se abre una etapa en la historia republicana, en la que no existió protección jurídica de los pueblos originarios y donde el indígena puede enajenar libremente su propiedad. A dicho periodo se le ha denominado también “época de la igualdad sin protección”². Será la misma república la que posteriormente comenzará a reestablecer algunos de los privilegios legales que los indígenas tuvieron en la fase monárquica, dado que la fuerza de la realidad demostró que sin esas normas de resguardo se multiplicaban los abusos, engaños y atropellos a los indígenas.

Esta etapa republicana, cuyo desarrollo es muy similar en materia indígena en todos los países hispanoamericanos, respecto del caso chileno y para poder estudiarla, puede subdividirse en cuatro etapas, a saber:

- 1) Igualdad jurídica sin protección legal de los indígenas (1819-1866).
- 2) Etapa de las radicaciones, en la que bajo el sistema de igualdad jurídica se reestablecen algunos privilegios legales de los indígenas, que estos habían tenido en el derecho indiano, y se les otorgan títulos de propiedad comunitarios sobre la tierra (1866-1930).
- 3) Etapa de la división de comunidades y constitución de propiedad individual indígena (1930-1993).
- 4) Etapa actual; esto es, desde la dictación de la ley n.º 19253, el año 1993, en adelante.

A continuación se analizará la llamada etapa de las radicaciones que va desde 1866 a 1930 y que se caracteriza por el restablecimiento de leyes protectoras de los indios, mismas que habían regido bajo el derecho indiano, especialmente respecto de sus tierras, y en las que se radica a los naturales, entregándoles el Estado títulos de dominio bajo la modalidad de propiedad

² Óscar DÁVILA CAMPUSANO, “Vida jurídica práctica contenida en los informes de los protectores de indígenas en Chile (1866-1930)”, pp. 95-121.

comunitaria, instrumentos conocidos como “títulos de merced”. Este periodo ya ha sido abordado en trabajos anteriores³, pero desde la perspectiva de la vida jurídica práctica de aquella época, contenida en los informes de los protectores de indígenas, y también, desde la labor fiscalizadora del Congreso Nacional y de la prensa, en lo tocante a la aplicación y cumplimiento de las leyes sobre indígenas. En esta oportunidad el objetivo será analizar lo que sucedía en ese tiempo, a la luz de lo que afirma la literatura jurídica nacional sobre derecho indígena. Para ello, se examinarán los textos jurídicos publicados en Chile en el periodo estudiado, para así conocer el aporte de los juristas chilenos que escribieron sobre la aplicación práctica de las leyes sobre indígenas que dictó la República entre 1866 y 1930.

La llamada “etapa de las radicaciones” se inicia en Chile con la ley de 4 de diciembre de 1866, del presidente José Joaquín Pérez. Esta ley se dicta como respuesta a los graves problemas surgidos al sur del Biobío luego de la derogación de los privilegios legales de los indígenas, por Bernardo O’Higgins, en 1819.

Desde la abdicación de Bernardo O’Higgins en 1823, y por lo menos hasta los decenios de los presidentes José Joaquín Prieto y Manuel Bulnes, no hubo una política de Estado relativa a cómo enfrentar el desafío de proteger a los indígenas y simultáneamente incorporarlos a la República. Recién en 1849, cuando finalizaba el gobierno del presidente Manuel Bulnes, su ministro Antonio Varas remite al Senado un interesante documento con sus propuestas relativas a la Araucanía, señalando que a los indígenas se les debe educar, pero también evangelizar.

En dicho informe se lee:

“Civilizar a los indígenas, es decir, mejorar su condición material, ilustrar, cultivar su inteligencia, desarrollar los buenos sentimientos que son el patrimonio de la humanidad y llevar su espíritu a las verdades morales y religiosas. Desterrar de entre ellos las preocupaciones y supersticiones que ofuscan su espíritu, hacer lucir a sus ojos la luz del Evangelio que tanto ennoblece al hombre. Es indispensable en esta materia, primero que todo, dotar al misionero del verdadero espíritu de tal, formarlo para esta actividad, que conozca el idioma y lo hable con soltura. Misioneros formados con espíritu evangélico, que penetren, sin que sean en su tarea una avanzada de conquista militar y que detrás de ellos llegue el soldado. Misioneros tolerantes con la costumbre aborígen, convencidos de que la deben cambiar, pero no imponerle el cambio. El cambio es por convicción, no por imposición”⁴.

³ ANGUIA, *op. cit.*, pp. 101-121.

⁴ Antonio VARAS, *Informe del ministro Antonio Varas al Senado de la República, de 25 de septiembre de 1849*.

A partir de 1852, con la creación de la provincia de Arauco, había comenzado la ocupación efectiva de los terrenos ubicados al sur del Biobío, lo que afectó a las tierras indígenas. En el Congreso Nacional algunos parlamentarios reclamaron el restablecimiento de una legislación protectora para los indígenas y la creación de una política de Estado permanente para la ocupación pacífica de los territorios del sur de Chile. Es así como el 4 de septiembre de 1864, el diputado Benjamín Vicuña Mackenna hace una interesante intervención en la Cámara, denunciando los perjuicios que están sufriendo los indígenas al no existir una normativa que los ampare frente a eventuales engaños y estafas:

“Cuando en 1852 se creó la provincia de Arauco, se creyó que el mejor medio para realizar los propósitos civilizadores del Gobierno era regularizar las ventas de los terrenos entre los particulares, dando en los contratos cierta intervención benéfica del Estado. Pero ¿cuál fue el resultado de esa Ley que permitía la enajenación de los terrenos indígenas? El más funesto que se ha dado a imaginar, tan poseído como estoy de esta convicción, que no dudo en afirmar que el incendio que asoló a la Araucanía en 1849 y produjo la guerra desastrosa de los años siguientes se debe exclusivamente a esa Ley, que dejó a los fronterizos los medios de despojar al indio hasta el punto de lanzarlo en abierta y atroz rebelión contra la República”⁵.

Otro parlamentario que se refiere en la Cámara a estas cuestiones fue el diputado por Caupolicán, Miguel Luis Amunátegui Aldunate, quien denuncia cómo algunos particulares se aprovechan de los indígenas y también del Estado:

“El Estado levanta fortalezas que guarnecen con un ejército y a costa de centenares de miles echa al abrigo de estas fortalezas el cimiento de futuras ciudades, entonces los propietarios verdaderos o supuestos toman posesión de estos terrenos que sólo tienen valor a causa de los grandes sacrificios que está haciendo la Nación, y olvidándose de todo para atender más que a los estímulos desenfrenados de la codicia, quieren vender a precio de oro los terrenos que son indispensables a las poblaciones que se fundan para garantía de las personas y propiedades, los habitantes de aquella parte del territorio, incluso los mismos especuladores tienen, por decirlo así, la osadía de exigir plata en compensación de una sesión que va a enriquecerlos, a dar gran valor a propiedades que antes no tenían ninguno”⁶.

⁵ Benjamín VICUÑA MACKENNA, “Intervención como diputado por La Ligua”.

⁶ Miguel Luis AMUNÁTEGUI ALDUNATE, “Intervención como diputado por Caupolicán”.

La misma preocupación de los anteriores legisladores tenía el diputado por Combarbalá, Enrique Tocornal Grez⁷, quien en un discurso pronunciado en la Cámara en 1864 expresa cómo deberían, en su opinión, incorporarse los territorios indígenas a la civilización y el progreso:

“¿Qué perdería el indígena, qué perdería el Estado con un ensayo? Practiquemos el sistema y veamos si después con él avanza la civilización de la Araucanía, que siempre habrá tiempo para modificarlo. Establézcase que el Estado y solo el Estado puede adquirir válidamente las propiedades: adquiéralas el Estado y después hará con ellas lo que mejor consulte al interés público, dedicando una parte del territorio indígena a la fundación de poblaciones, otra al cultivo de los mismos indígenas, y dando o vendiendo otra, si se quiere, a los particulares que deseen cultivarlas. El empleo de la educación acompañada de las medidas dispuestas para garantizar la fe de los contratos y la protección del araucano producirá, más tarde o más temprano, la regularización del estado civil y el imperio del progreso en el territorio de Arauco”⁸.

Asimismo, Guillermo Matta Goyenechea, diputado por Copiapó, en los meses de agosto de 1868 y septiembre de 1869, en varias sesiones de la Cámara de Diputados, abogó por una normativa protectora de los indígenas en momentos en que se avanzaba sobre sus territorios, enfrentándose con los diputados Benjamín Vicuña Mackenna y Cornelio Saavedra⁹.

En la prensa nacional, a partir de 1859, se observa una tendencia a considerar urgente la ocupación, por el Estado de Chile, de los territorios ubicados entre los ríos Biobío y Toltén, para terminar con lo que se denominó en esa época “la cultura de la barbarie y el primitivismo” y, por otro lado, para incorporar esas zonas al progreso y desarrollo del país.

Así, en el diario *El Mercurio de Valparaíso*, en su edición de 5 de julio de 1859, se encuentra un artículo de gran interés histórico-jurídico:

“No se trata solo de la adquisición de algún retazo insignificante de terreno, pues no le faltan terrenos a Chile; no se trata de la soberanía nominal sobre una horda de bárbaros, pues ésta siempre se ha pretendido tener: se trata de formar de las dos partes separadas de nuestra República un complejo ligado; se trata de abrir un manantial inagotable de nuevos recursos en agricultura y minería; nuevos caminos para el comercio en ríos navegables y pasos fácilmente accesibles sobre las cordilleras de los

⁷ Enrique Tocornal Grez fue abogado de la Universidad de Chile. Se tituló en 1845 y fue profesor de Práctica Forense.

⁸ Enrique TOCORNAL GREZ, “Intervención como diputado por Combarbalá”.

⁹ Sesiones de la Cámara de Diputados de la República de Chile. 10, 11 y 12 de agosto de 1868; 6, 7 y 25 de septiembre de 1869.

Andes, en fin, se trata del triunfo de la civilización sobre la barbarie, de la humanidad sobre la bestialidad. Los hombres no nacieron para vivir inútilmente y como los animales selváticos, sin provecho del género humano y una asociación de bárbaros, tan bárbaros como los pampas o como los araucanos, no es más que una horda de fieras, que es urgente encadenar o destruir en el interés de la humanidad y en bien de la civilización”¹⁰.

El destacado naturalista e historiador francés Claudio Gay en su segunda permanencia en Chile, a partir de 1862, visitó el sur del país, reuniendo valiosa información sobre la vida y costumbres de los indígenas que habitaban al sur del Biobío, en plena época de pacificación de la Araucanía. Esto, le permitió elaborar un completísimo estudio sobre los aborígenes titulado *Usos y costumbres de los araucanos*. En dicha obra, publicada recientemente en Chile, da cuenta de los numerosos abusos y engaños de que fueron objeto los araucanos y que les significó la pérdida de muchas de sus tierras en esta etapa de radicaciones a manos de expoliadores, testigos falsos y personas maliciosas¹¹.

Esta etapa se caracterizó por la regulación legal de la fundación de poblaciones en territorios indígenas¹² entre los ríos Biobío y Toltén, en las provincias de Arauco, Biobío y el territorio de colonización de Angol, normas que se aplicaron a mapuches y huilliches hasta 1930. Según esta legislación dictada a partir de 1866, las tierras ubicadas al sur del Biobío son de propiedad estatal, salvo aquellas que estén en uso y posesión de los indígenas; sobre estas últimas tierras el Estado, a través del Presidente de la República, otorgará “títulos de merced” a los indígenas; es decir, títulos de propiedad comunitaria, que inicialmente debían inscribirse en la Intendencia y luego en los Conservadores de Bienes Raíces, a medida que los registros conservatorios se fueron creando. Para radicar a los indígenas en sus tierras y entregarles el título de merced, se creó la “Comisión Radicadora de Indígenas”. Entre 1884 y 1930, dicha comisión otorgó 2 919 títulos de merced, sobre un total de 526 285 hectáreas, para 83.170 radicados, en las provincias de: Arauco, Biobío, Angol, Temuco, Valdivia, Osorno y Llanquihue.

Asimismo, en esta fase, en dichas provincias el Estado procedió a vender parte de sus tierras a particulares, lo que debía hacerse en pública subasta. Solo entre 1873 y 1878 se remataron 170 000 hectáreas de tierras fiscales; otras tierras del fisco fueron entregadas a colonos.

¹⁰ Citado por Jorge PINTO, *De la inclusión a la exclusión. La formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*, p. 9.

¹¹ Claudio GAY, *Usos y costumbres de los Araucanos*, pp. 147-149 y 173-178.

¹² Óscar DÁVILA CAMPUSANO, “La aplicación de las Leyes de Indígenas en Chile durante la República (1866-1930). La labor de la prensa. La labor fiscalizadora del Congreso Nacional”, pp. 119 a 127.

Para dar protección a los indígenas que habitaban el sur del Biobío, se adoptan algunas medidas legales que significaban restablecer normas monárquicas que habían sido derogadas en 1819. Así, en 1874, se dispuso la prohibición de venta y de cualquier acto jurídico que significase la enajenación de tierras indígenas. En 1883, esta prohibición se amplía a cualquier contrato que importase la pérdida de la posesión o tenencia de la tierra indígena. Esta prohibición se estableció por diez años y en 1893 se la prorrogó por otros diez años, siendo revalidada en 1903 y 1913, subsistiendo hasta 1927, fecha en la que se dictó una nueva ley sobre constitución de la propiedad indígena.

Esta medida de resguardo a los indígenas, contemplada en la dicha ley de 1874, fue el restablecimiento del cargo de protector de naturales, con similares atribuciones a las que tuvo en el derecho indiano. Entre 1876 y 1918 se nombraron protectores de indígenas en Arauco, Malleco, Temuco, Cautín y Valdivia. Este cargo fue suprimido en 1930 con la ley n.º 4802, que creó los Tribunales de Indios, encargados de la división de las comunidades indígenas, se suprimió la Comisión Radicadora y se dio inicio al proceso de constitución de propiedad indígena individual.

En trabajos anteriores se ha analizado la etapa de las radicaciones, sobre la base de la información que entregaron los protectores de indígenas en sus memorias anuales y de las que se han estudiado veintiocho de ellas. Otra fuente utilizada para estudiar la etapa de las radicaciones es el Informe de la Comisión Parlamentaria de Colonización, emitido en 1912, así como las informaciones aparecidas en la prensa entre 1866 y 1930 sobre la aplicación de las leyes indígenas en este periodo. A todas las fuentes ya señaladas se agregará en este artículo, el aporte que hicieron los juristas chilenos al conocimiento del derecho indígena representado por sus libros publicados entre 1892 y 1928, obras en las que se ha podido encontrar una detalladísima explicación sobre los principales defectos de que adolecían las leyes de indígenas dictadas en Chile entre 1866 y 1930, defectos que provocaron grandes perjuicios a los indígenas.

Antes de hacer referencia a los autores nacionales que escribieron sobre derecho indígena en la etapa estudiada, es importante destacar que en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX se elaboraron varias recopilaciones generales, con la legislación dictada en Chile a partir de 1810, sus antecedentes legislativos y actas de sesiones parlamentarias. El primero de estos trabajos recopilatorios generales fue realizado por el destacado académico, parlamentario y luego rector de la Universidad de Chile Valentín Letelier Madariaga, a quien en 1885, el gobierno le encomendó la tarea de recopilar las sesiones de los cuerpos legislativos desde 1811 y hasta 1845¹³.

¹³ *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile: 1811-1845.*

Posteriormente, Ricardo Anguita Acuña en 1913 recopiló todas las leyes dictadas en Chile desde 1810 y hasta el 1 de junio de 1912, dividiendo su obra en seis volúmenes, que incluyen un índice alfabético para facilitar la consulta temática de las leyes recopiladas¹⁴. Ricardo Anguita Acuña fue un destacado abogado de la Universidad de Chile, ministro de Estado y llegó a ser presidente de la Corte Suprema en 1927.

El primer jurista chileno que escribe sobre derecho indígena en el periodo estudiado fue Julio Zenteno Barros, quien en 1892 publicó un libro titulado *Recopilación de leyes de inmigración*. La obra fue actualizada con una segunda edición corregida, del año 1896¹⁵. Este trabajo lleva una encomiosa nota sobre su mérito, del entonces subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores Eduardo Phillips Huneeus y del Presidente de la República de aquella época, Jorge Montt Álvarez. En el prólogo, el autor expresa:

“el creciente desarrollo que en los últimos años ha alcanzado el ramo de la colonización como servicio de la administración pública, ha dado origen a un considerable número de leyes y decretos supremos que rolan en los archivos nacionales o en las publicaciones gubernamentales y cuyo estudio o consulta impone una difícil tarea”.

Luego agrega:

“con el propósito de facilitarla, hemos emprendido el presente trabajo de recopilación de todas las disposiciones relativas a la colonización y las leyes de indígenas, clasificándolas por materias y localidades y conservando el orden cronológico”.

La recopilación de Julio Zenteno¹⁶ abarca la fase que va desde 1810 hasta 1896 y termina con una reseña bibliográfica de las obras y publicaciones sobre el proceso de colonización, editadas en Chile hasta la fecha. El trabajo tiene un total de 1 464 páginas e incluye: disposiciones legales,

¹⁴ ANGUITA ACUÑA. *op. cit.*

¹⁵ JULIO ZENTENO BARROS, *Recopilación de las Leyes de Inmigración*. La segunda edición, de 1896, se titula *Recopilación de leyes y decretos supremos sobre colonización*, p. 1406 y ss. En las páginas 1443 a 1464 se incluye el apéndice bibliográfico de las obras publicadas en Chile hasta esa fecha relativas al proceso de colonización.

¹⁶ Julio Zenteno Barros se tituló como abogado de la Universidad de Chile en 1874. Fue juez en La Serena. Durante la Guerra del Pacífico, luego de la ocupación de Lima por el Ejército chileno, fue juez militar y del crimen en Lima, relator y ministro de la Corte de Apelaciones de Lima, luego ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, y desde 1914 se desempeñó como ministro de la Excelentísima Corte Suprema de Chile.

decretos supremos, notas, circulares, visitas fiscales y sentencias judiciales que fijan el sentido y alcance de dichas normas con miras a su aplicación práctica. Además, se incluyen proyectos de ley, que en esa época estaban pendientes en el Congreso Nacional relativos a colonización y estatuto jurídico de los indígenas.

Las normas legales dictadas en nuestro país relativas a los indígenas chilenos se incluyen en el capítulo primero, título tercero, en un párrafo titulado “Sobre la civilización de indígenas”, en las páginas 104 a 203. En total, aparecen veintiuna leyes de indígenas dictadas entre 1813 y 1893; asimismo, se incluyen trece sentencias judiciales de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción y de la Excelentísima Corte Suprema, dictadas entre los años 1886 y 1895, que establecen, según palabras del autor, “la jurisprudencia uniformemente seguida en relación a las leyes relativas a los indígenas y que se registran en la Gaceta de los Tribunales”. El estudio pormenorizado de esta jurisprudencia judicial dará lugar a otro trabajo de investigación más especializado.

Un segundo jurista chileno que estudió las normas jurídicas sobre indígenas dictadas en este intervalo en Chile fue Ramón Briones Luco, quien en 1897 publica un texto titulado *Glosario de colonización y exposición de las leyes, decretos y demás antecedentes relativos al despacho de colonización*¹⁷. Este trabajo fue actualizado en tres ediciones posteriores bajo el mismo título, en los años 1900, 1902 y 1905. Tenía en total 914 páginas, en las que se pasa revista a la normativa legal y reglamentaria, sobre colonización e indígenas promulgada entre 1810 y 1905. Este trabajo está estructurado sobre la base de una introducción de veintiséis páginas, para luego analizar las normas jurídicas sobre inmigración e indígenas, sobre la base de conceptos ordenados alfabéticamente y que suman en total 904 páginas.

En la introducción se hace un recuento de la aplicación práctica y de los problemas que se produjeron al entrar en vigencia las leyes republicanas sobre inmigración e indígenas. Respecto de la normativa sobre indígenas, el relato de Ramón Briones es de un valor histórico-jurídico indudable, al describir con lujo de detalles materias de gran interés hoy día para los investigadores como, por ejemplo, el proceso de radicación de los indígenas, iniciado en 1866.

En este punto, la información entregada por el autor es precisa y muy completa, dividiendo la radicación en tres fases: primero, desde 1866 a 1874, etapa en la que este trabajo lo realizó una comisión de ingenieros asesorada por el juez de letras de Angol, y respecto de lo cual no existe cons-

¹⁷ Ramón BRIONES LUCO, *Glosario de colonización y exposición de las leyes, decretos y demás antecedentes relativos al despacho de colonización*.

tancia del número de radicados; luego, desde 1874 hasta 1883, cuando la radicación la dirigió un ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, lográndose radicar a diez comunidades indígenas, en un total de 3 696 hectáreas y, finalmente, desde 1883 en adelante, donde se radican a 592 comunidades, compuestas por 23 065 indígenas y sobre un total de 144 941 hectáreas¹⁸.

En cuanto a los conceptos que se desarrollan, en orden alfabético, en el cuerpo central del texto, Ramón Briones pasa revista a cerca de cuatrocientos conceptos legales, tomando como base la normativa vigente relativa a la colonización y los indígenas, desde la provincia de Arauco y hasta la Tierra del Fuego. Así, por ejemplo, se definen términos como: “bienes del Estado”, “bienes nacionales”, “bienes nacionales de uso público”, “Comisión Radicadora de Indígenas”, “condición legal de la propiedad indígena”, “indígenas”, “Protector de Indígenas”, “reservas de indígenas”, “radicación de indígenas”, “registro de títulos” y “territorio indígena”. Asimismo, las leyes sobre indígenas son separadas por etnias, distinguiéndose alacalufes, fueguinos, mapuches y onas.

Su trabajo no solo incluye legislación, sino que, también, incorpora documentos administrativos, en los que se explica el sentido y alcance de las normas jurídicas recopiladas como, por ejemplo, un interesante memorándum elaborado en 1902 por el protector de indígena de Temuco, Eulogio Robles Rodríguez, y dirigido al entonces ministro de Colonización Horacio Pinto Agüero, en el que se detallan las múltiples funciones que cumplían los protectores de naturales, cargo de origen monárquico que se restableció en la República con la ley de 1866.

Entre las tareas que cumplían estos funcionarios, el protector Eulogio Robles describe las siguientes: representar los derechos de los indígenas en todas las circunstancias que se presentaren, especialmente en el deslinde de sus propiedades y en todos los contratos traslaticios de dominio; defender y agitar la resolución definitiva de las cuestiones pendientes sobre la validez o nulidad de los contratos de venta o arrendamiento de terrenos de indígenas; amparar a los indígenas en el goce del terreno que ocupan, estén o no radicados; la defensa del indígena en los juicios ordinarios en los que estos son demandados; perseguir la responsabilidad de funcionarios administrativos y judiciales que abusan de los indígenas o cometen delitos contra ellos; defender a los indígenas ante las municipalidades para que no se les cobren contribuciones indebidas; representar a los indígenas ante la Comisión Radicadora para obtener la adjudicación de una extensión de terreno suficiente para sus necesidades y solicitar al Inspector General de Coloni-

¹⁸ GAY, *op. cit.*, pp. 15-16.

zación que se excluya de las licitaciones públicas de terrenos fiscales las hijuelas en las que los indios tienen trabajos y en las que, de conformidad con la ley, deben ser radicados¹⁹.

Un tercer tratadista que escribió sobre el derecho indígena en esta etapa de las radicaciones fue José Raimundo del Río Castillo, quien en el año 1913, publicó el libro titulado *Apuntes de derecho industrial y agrícola*²⁰. Este texto, editado para el curso de Derecho Industrial y Agrícola que se había creado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, incluye un análisis de las leyes de indígenas de 1866, 1874 y 1883, vigentes a la sazón en Chile.

En cuarto lugar, se hará referencia a la obra del abogado Agustín Torrealba²¹, publicada en 1917, titulada *La propiedad rural en la zona austral de Chile*²². Esta obra, de más de setecientas páginas, se divide en dos partes. La primera, es un análisis detallado de la legislación dictada en Chile para constituir la propiedad desde Concepción al sur, incluyéndose tanto las leyes sobre colonización e inmigración como las dictadas respecto de los indígenas. Se dedica un párrafo especial a las leyes dictadas para salvaguardar al indígena y su propiedad, explicando con gran detalle sus alcances. Ellas son: de 2 de julio de 1852, de 7 de diciembre de 1852, de 14 de marzo de 1853, de 4 de diciembre de 1855, de 15 de enero de 1856, de 17 de abril de 1856, de 5 de junio de 1856 y de 4 de diciembre de 1866. Asimismo, en dicho párrafo se analizan el decreto supremo de justicia de 6 de julio de 1872 y de las leyes de 4 de agosto de 1874, de 20 de enero de 1883 y de 11 de enero de 1893, que establecieron y ratificaron la prohibición de cualquier acto jurídico que privara al indígena de la propiedad, posesión y mera tenencia de su tierra, la que se prorrogó hasta fines de 1930.

En la segunda parte de su trabajo, Agustín Torrealba hace un estudio acabado de los servicios estatales de colonización que se habían creado hasta ese entonces, enunciando y extractando las principales leyes dictadas sobre esta materia. Se incluyeron 41 cuadros estadísticos con cifras de la cantidad de tierras indígenas, fiscales y de particulares existentes al año 1917 al sur del Biobío. Al leer dicha obra, se ha tomado nota de algunos temas que él plantea y que deberán ser objeto de investigaciones histórico-

¹⁹ GAY, *op. cit.*, pp. 642-655.

²⁰ José Raimundo DEL RÍO CASTILLO, *Apuntes de derecho industrial e agrícola*, pp. 9-44.

²¹ Agustín Torrealba fue abogado de la Universidad de Chile y abogado de colonización y defensa de tierras fiscales. Formó parte del Consejo de Defensa Fiscal, hoy Consejo de Defensa del Estado.

²² Agustín TORREALBA Z., *La propiedad rural en la zona austral de Chile*. De especial utilidad han sido las páginas 7-82, donde se analizan las leyes sobre indígenas dictadas en Chile entre 1813 y 1917.

jurídicas como, por ejemplo, el estudio del papel que cumplieron en el sur de Chile los denominados promotores fiscales durante el siglo XIX y principios del siglo XX, encargados de defender las tierras fiscales, y cuyo trabajo se plasma en las memorias anuales que elaboraron. Otro estudio que deberá emprenderse se refiere a la historia de las primeras notarías creadas en la zona austral entre 1778 y 1887 como las de Valdivia, Temuco y Villarrica.

El aspecto más destacable de la voluminosa obra de Agustín Torrealba es su conocimiento sobre la aplicación práctica de las leyes de indígenas y, sobre todo, su visión crítica respecto de los vacíos e imperfecciones de que adolecían dichas normas.

Merece, también, mencionarse entre los juristas que escribieron en Chile sobre derecho indígena en aquel momento, al abogado de la Universidad de Chile, Darío Ulloa, quien en 1917 publicó su memoria de prueba titulada *La cuestión indígena ante la legislación nacional*²³. Se trata de una monografía de 71 páginas, muy bien escrita, en la que se estudia el alcance de las leyes relativas a los indígenas que fueron dictadas en Chile entre 1853 y 1917. Especial interés histórico-jurídico tiene el estudio que hace de seis proyectos de ley, pendientes en el Congreso en 1917, sobre derecho indígena y que habían sido presentados en los años 1905, 1908, 1909 y 1912, y con los que se buscaba agilizar y poner término al proceso de radicación de los indígenas del sur de Chile, evitando la usurpación de sus tierras y otros perjuicios que pudieren sufrir.

Según Darío Ulloa, hacia el año 1915 se habían entregado 2664 títulos de merced a los indígenas de Chile, favoreciendo con ellos a unas 77 275 personas sobre un total de 458 681 hectáreas. Estos proyectos de ley reducían de cinco a cuatro el número de protectores de indígenas en Chile, y se proponía que esta función la cumpliera el secretario de la Intendencia en las provincias donde no hubiere protector. Estos proyectos, además, permitían a los indígenas mantenerse en comunidad por veinticinco años más, cuestión en la que el autor no estaba de acuerdo, manifestándose partidario de liquidar las comunidades y entregar al indígena propiedad individual, lo que según él facilitaría su progreso, cuestión, por lo demás, en la que coincidían todos los tratadistas estudiados. Al respecto, Darío Ulloa propone otorgar más tierra al indígena como propiedad individual, bajo la forma de título provisorio de propiedad, con la obligación de cerrar el terreno, edificar en él y cultivar la tierra, en un plazo máximo de nueve años. Durante ese plazo debería prohibirse cualquier acto jurídico que pudiese afectar

²³ Darío ULLOA, *La cuestión indígena ante la legislación nacional*. De especial interés son las materias tratadas en las páginas 26-71.

sus bienes raíces. Cumplidas las obligaciones anteriores, los indígenas recibirían título definitivo de propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

Asimismo, sobre estas materias el abogado de la Universidad de Chile, Bernardo Gotschilch Hausdorf, publicó en el año 1924 un texto titulado *El indígena ante la ley y los títulos de propiedad en las provincias australes*²⁴. Hijo de colonos alemanes, fue abogado archivero y ministro de fe en terrenos fiscales y de indígenas, función que cumplió dentro de la Inspección de Tierras de la Dirección General de Colonización e Inmigración. Su trabajo pasa revista a la aplicación de las leyes de indígenas y de colonización entre los años 1866 y 1924 en las zonas de Valdivia y Puerto Varas, abogando para la dictación de nuevas leyes que diesen claridad y certeza a los poseedores de tierras y que permitiera regularizar la posesión y los títulos de propiedad de colonos e indígenas en esas zonas.

En 1927, el abogado de la Universidad de Chile, Federico Klapp, publica su memoria de prueba titulada *El problema indígena*²⁵, monografía de 96 páginas, editada en Temuco. En esta obra, se hace un análisis crítico de la legislación sobre indígenas dictada en Chile entre 1813 y 1927, destacando también los aspectos positivos de las leyes aplicables a los naturales que fueran dictadas por la monarquía española y que quedaron refundidas en el libro VI de la *Recopilación de leyes de los reinos de Indias*, del año 1680, del rey Carlos II.

Federico Klapp incluyó en su trabajo un informe muy valioso del Consejo de Defensa del Estado de 1 de enero de 1902, sobre el concepto de tierras indígenas, suscrito por destacados juristas chilenos de la época, entre los cuales aparece Luis Claro Solar. De igual modo, se incorporaron en esta memoria dos estudios sobre el concepto de tierra indígena, del año 1902, realizados por Miguel Luis Valdés, exfiscal de la Corte Suprema y por Ramón Briones Luco, quien fuera abogado jefe de la Sección de Colonización del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La obra de Federico Klapp culmina con la propuesta de legislar para dar inicio a otra etapa en la historia de la propiedad indígena, en la que debería buscarse, por sobre todo, el progreso de los mismos. Para ello, defiende la idea de disolver las comunidades indígenas y avanzar hacia la constitución de la propiedad individual.

Otra obra de gran interés histórico-jurídico relativa al derecho indígena en Chile fue publicada en 1928, bajo el título de *La propiedad austral*²⁶,

²⁴ Bernardo GOTSCHLICH HAUSDORF, *El indígena ante la ley y los títulos de propiedad en las provincias australes*, pp. 12-26.

²⁵ Federico SEGUNDO KLAPP, *El problema indígena*, pp. 3-5 y 24-28.

²⁶ Ricardo DONOSO y Fanor VELASCO, *La Propiedad Austral*, pp. 49-84.

y cuyos autores fueron los abogados de la Universidad de Chile, Ricardo Donoso y Fanor Velasco. Fue reeditada en 1970 por el Instituto de Capacitación e Investigación de la Reforma Agraria. Se trata de un trabajo histórico-jurídico valiosísimo y muy detallado, dividido en cinco capítulos, en los que se estudia a fondo la historia de la propiedad en las provincias de Arauco, Valdivia, Osorno, Llanquihue y Chiloé, desde los inicios de la Conquista y hasta la ley de 1866. Se precisa el alcance de todas las leyes relativas a la propiedad inmueble dictadas en cada uno de estos territorios, con particular interés en las leyes de indígenas. Este libro tiene una historia muy particular, puesto que a los pocos meses de ser editada, produjo gran alarma en el gobierno de la época, por cuanto se estimó que entregaba argumentos jurídicos a los particulares que, en aquel entonces, litigaban con el fisco respecto de la propiedad de títulos que les correspondían con la repoblación de Osorno, proceso que tuvo lugar entre 1792 y 1808. Así, las autoridades de ese tiempo, dado que el gobierno había financiado la publicación, ordenaron retirar de circulación todos los ejemplares, lo que significó que del total de la edición, solo quedaron en manos de particulares 63 libros, constituyendo así hasta hoy una rareza bibliográfica.

Como asunto aparte, no se podrían terminar estas líneas sin mencionar a otro autor, que, sin ser abogado, publicó dos obras sobre derecho indígena de gran interés histórico-jurídico: se trata de Tomás Guevara, historiador, antropólogo, excombatiente de la Guerra del Pacífico y estudioso del pueblo mapuche. Estudió pedagogía en la Universidad de Chile y fue rector del liceo de Temuco. Las obras que aquí se destacan son: *Costumbres judiciales y enseñanza de los araucanos* (1904) e *Historia de la justicia araucana* (1922).

Los juristas que se han mencionado coinciden en varios aspectos con lo expresado en esta época de las radicaciones por los protectores de naturales y con lo informado por la Comisión Parlamentaria de Colonización de 1912, en cuanto a los defectos de que adolecen las leyes de indígenas que se redactaron hasta 1930. Estas deficiencias eran las siguientes:

- 1) Las normas legales sobre protección de las tierras y derechos indígenas no fueron eficaces para impedir abusos y atropellos de que fueron víctimas los naturales.
- 2) Dichas leyes no establecieron en forma expresa y clara que en las tierras de colonización debió primero radicarse a los indígenas y que posteriormente en el sobrante se realizarían remates de tierras y fundación de pueblos; por ello, en la práctica se procedió al revés, surgiendo así conflictos que repercuten hasta hoy día.
- 3) En las mismas leyes, no se fijó un número mínimo de hectáreas a asignar por persona para otorgar mercedes de tierras a los indígenas. De esta forma, en las primeras radicaciones se entregaron

hasta veinte hectáreas por persona indígena y al final del proceso se entregaba una hectárea por persona indígena. En cambio, las leyes de 1898 y 1899 fijan en forma precisa la entrega de cincuenta hectáreas por cada padre de familia no indígena y de veinte hectáreas más por cada hijo mayor de doce años.

- 4) En la legislación estudiada no se establecieron con claridad los requisitos que debían cumplirse para que una persona fuere considerada legalmente indígena, para así evitar que se burlaran normas prohibitivas, haciendo comparecer a los naturales como sujetos no indígenas en los actos judiciales y en los contratos.
- 5) Por último, todos los autores estudiados critican las leyes dictadas entre 1866 y 1930, ya referidas. Esto, por haber radicado la propiedad indígena en comunidades. La comunidad indígena era vista por ellos como un obstáculo para la llegada del progreso y la civilización a los indígenas. Y es por ello que, a partir de 1930, se dictará una nueva legislación para dividir las comunidades indígenas y constituir sobre ellas propiedad individual, política que se extenderá hasta 1993, cuando entra en vigencia la actual normativa indígena contenida en la ley n.º 19253.

Bibliografía

- AMUNÁTEGUI ALDUNATE, Miguel Luis, "Intervención como diputado por Caupolicán" en CONGRESO NACIONAL, Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados n.º 45, de 6 de septiembre de 1864, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- ANGUITA ACUÑA, Ricardo, *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 y hasta el 01 de junio de 1912*, Santiago, Imprenta Barcelona, 1912, tomo 1.
- BRIONES LUCO, Ramón, *Glosario de colonización y exposición de las leyes, decretos y demás antecedentes relativos al despacho de colonización*, edición oficial, Santiago, Imprenta Moderna, 1898.
- CONGRESO NACIONAL, Sesiones de la Cámara de Diputados del 10, 11 y 12 de agosto de 1868 y del 6, 7 y 25 de septiembre de 1869, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, "Vida jurídica práctica contenida en los informes de los protectores de indígenas en Chile (1866-1930)", en *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, n.º 2, Santiago, 2002.
- DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, "La aplicación de las Leyes de Indígenas en Chile durante la República (1866-1930). La labor de la prensa. La labor fiscalizadora del Congreso Nacional", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, vol. 23, Santiago, 2011-2012.

- DEL RÍO CASTILLO, José Raimundo, *Apuntes de derecho industrial e agrícola*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1913.
- DONOSO, Ricardo y Fanor VELASCO, *La propiedad austral*, Santiago, Ediciones ICIRA, 1970.
- GAY, Claudio, *Usos y costumbres de los Araucanos*, traducción de Diego Milos, Santiago, Taurus, 2018.
- GOTSCHLICH HAUSDORF, Bernardo, *El indígena ante la ley y los títulos de propiedad en las provincias australes*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1924.
- KLAPP, Federico Segundo, *El problema indígena*, memoria de prueba Universidad de Chile, Temuco, Imprenta A. Espinosa, 1927.
- LETELIER MADARIAGA, Valentín, *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile: 1811-1845*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1886-1908, 37 vols.
- PINTO, Jorge, *De la inclusión a la exclusión. La formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*, 2ª ed, Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2003.
- TOCORNAL GREZ, Enrique, “Intervención como diputado por Combarbalá” en CONGRESO NACIONAL, Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados n.º 146, de 10 de septiembre de 1864, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- TORREALBA, Agustín, *La propiedad rural en la zona austral de Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1917.
- ULLOA, Darío, *La cuestión indígena ante la legislación nacional*, memoria de prueba, Universidad de Chile, Santiago, Imprenta y Encuadernación Chile, 1917.
- VARAS, Antonio, *Informe al Senado de la República, de 25 de septiembre de 1849*, Santiago, Senado, Las Actas del Congreso Nacional de Chile.
- VICUÑA MACKENNA, Benjamín, “Intervención como diputado por La Ligua” en CONGRESO NACIONAL, Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados n.º 43, de 4 de septiembre de 1864, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- ZENTENO BARROS, Julio, *Recopilación de las leyes de inmigración*, Santiago, Imprenta Nacional, 1892.
- ZENTENO BARROS, Julio, *Recopilación de leyes y decretos supremos sobre colonización*, Santiago, Imprenta Nacional, 1896.