

MONISMO Y PLURALISMO JURÍDICO EN CHILE: UNA MIRADA HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

MONISM AND LEGAL PLURALISM IN CHILE: A CONSTITUTIONAL HISTORICAL VIEW

Fernando Pérez Godoy
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UN DERECHO DESRACIALIZADO III. NO TAN DISTINTOS IV. UNA SOLA GRAN FAMILIA V. MÁS ALLÁ DEL CONSTITUCIONALISMO. VI. CONCLUSIÓN.

Resumen: Motivado por el reciente debate constitucional en Chile, el presente artículo tiene dos objetivos. Primero, explicar cómo parte de la historiografía constitucional chilena fue lidiando con el antecedente del pluralismo jurídico consagrado en el derecho indiano. Segundo, el texto indaga en los sucesivos y conflictivos intentos de consolidación del monismo jurídico nacional durante el siglo XIX. Se concluye que más allá del formalismo jurídico, la limitación de las costumbres de pueblos indígenas como fuente del derecho patrio descansa culturalmente en la negación de cualquier pugna racial en la historia del derecho chileno.

Abstract: Motivated by the recent constitutional debate in Chile, this article has two aims. First, to explain how part of the Chilean constitutional historiography dealt with the legal pluralism recognized by the Hispanic colonial law. Second, this research examines the successive and conflictive attempts to consolidate the national legal monism during the nineteenth century. It is concluded that beyond legal formalism, the limitation of the indigenous customs as a source of national law culturally rests on the denial of any racial struggle in the Chilean legal history.

Palabras clave: Pugna racial, pluralismo jurídico, monismo jurídico, historiografía constitucional, derecho indiano.

Key words: racial struggle, legal pluralism, legal monism, Constitutional historiography, Hispanic colonial law.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se pregunta por los orígenes del llamado “monismo jurídico chileno”. Una indagación histórica en tal tema va estrechamente ligado a su contraparte: el pluralismo jurídico y la plurinacionalidad en

Chile. Los puntos antes mencionados han sido parte del debate público a consecuencia de los procesos constituyentes que se han llevado a cabo en Chile durante los últimos años.¹ A pesar de la enorme resonancia político-constitucional, un tema tan ligado a la disciplina histórico-jurídica ha encontrado escaso tratamiento ius historiográfico en la actualidad. La reiterada tesis de la “invisibilización constitucional de los pueblos originarios” se ha convertido más en una consigna política que un punto de reflexión científica.² Formalmente, las constituciones políticas de 1833, 1925 y 1980,³ cuestionadas por su legitimidad de origen,⁴ nada dicen sobre las “primeras naciones”.⁵ No obstante, un recorrido ius-historiográfico bien puede dar luces sobre cómo se configura el monismo jurídico nacional y se cancelan las opciones de pluralismo jurídico en la historia del derecho chileno.

Parece evidente que, como nunca antes en la historia política institucional e historia constitucional de Chile, la Propuesta de Nueva Constitución del 4 de julio de 2022 puso en duda la unidad del Estado y de la nación chilena.⁶ En efecto, tal esbozo -plebiscitado y rechazado meses después- consagraba por primera vez el reconocimiento constitucional de pueblos originarios y con ello un gran número de otros derechos que

* El presente artículo fue financiado por Fondecyt Iniciación N° 11220933

¹ Para el jurista Millaleo, plurinacionalismo implica un rediseño constitucional estatal para que los pueblos indígenas, como sujetos colectivos, sean provistos de derechos culturales y políticos (autodeterminación, representación política especial, derechos territoriales a tierras y aguas ancestrales, entre otros recursos etc.). Salvador Millaleo, *Por una vía “chilena” a la plurinacionalidad. Intervenciones de una década (2010-2020)*, Catalonia, Santiago, 2021, p. 110.

² Sobre la falta de *self-reflection* y *self-criticism* de los constitucionalistas latinoamericanos con respecto al rol del etnocentrismo en la disciplina y la dimensión política del derecho constitucional véase. Álvez *et al*, “*Comparative law and epistemologies of ignorance in Chilean constitutional adjudication: a case study*”, en Sujith Xavier *et al* (edit.), *Decolonizing law: Indigenous, third world and settler perspectives*, Routledge, New York, 2021, p.184.

³ La única excepción fue la efímera carta de 1822 en su art. 47 inc. 6, establece como facultad del Congreso, “cuidar de la civilización de los indios del territorio”. Texto completo en Fernando Jiménez Loosli y Fernando Jiménez Larraín, *Historia Constitucional de Chile*, Ediciones UCSC, Concepción, 2021, p. 96. Una perspectiva crítica: Domingo Namuncura, “*Pueblos indígenas, reformas constitucionales en América Latina y derechos indígenas en una nueva Constitución*”, en Domingo Namuncura *et al* (edit.), *Nueva Constitución y Pueblos Indígenas*, Pehuén Editores, Santiago, 2016, pp. 37-38.

⁴ Verónica Valdivia Ortiz de Zárate, “*Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena*”, en Claudio Fuentes (edit.), *En nombre del pueblo Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Ediciones UDP, Santiago, 2010, pp. 143-148.

⁵ A nivel legal sí se ha reconocido a los pueblos indígenas como sujetos de derecho desde inicios de la república, véase Mylene Valenzuela Reyes y Sergio Oliva Fuentealba, *Recopilación de legislación indígena 1813-2017 (2 tomos)*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2018.

⁶ Una importante historiografía mapuche da cuenta de la demanda por reconocimiento constitucionalidad de la plurinacionalidad y pluralismo jurídico hace más de tres décadas, véase más reciente: Fernando Pairican, *Ensayos y propuestas para una Constitución Plurinacional*, Pehuén, Santiago, 2021. Bartolomé Clavero, “*Reconocimiento Mapu-che de Chile*”, *Derecho y Humanidades*, 13, 2008, pp.13-40.

iban desde un sistema de justicia *ad hoc* (art.309, y art. 322 inc. 1 y 2) hasta el reconocimiento de saberes ancestrales (art. 96).⁷ Alertados por el multiculturalismo y la agencia indigenista presente en otros países de la región,⁸ los críticos han venido a llamar a los integrantes de tales pueblos “ciudadanos de primera clase”,⁹ y han advertido el peligro de la plurinacionalidad para el principio de igualdad formal ante la ley, la tradición político institucional chilena y las bases mismas de la república.¹⁰ Extendiendo una interpretación constitucional originalista, la soberanía recae en la nación y ningún sector o facción de la población puede atribuirse parte de su ejercicio. Una posible fragmentación de la nación significaba, por tanto, atentar contra la “regla de oro” del derecho público desarrollado en Chile desde el siglo XIX.¹¹

Por otro lado, para algunos especialistas, el derecho propio de los pueblos indígenas tiene actualmente un paradero desconocido. ¿Dónde se encuentra escrito?, ¿cómo probar las llamadas “costumbres ancestrales”?¹²

⁷ Además se contaban: Plurinacionalidad (art.1, art.5, inc.1, 2), plurilingüismo (art. 12, 1), cosmovisión (art.65), consulta previa (art. 66), medicina (art. 44,2), idioma (art. 12), símbolos y emblemas (art. 13), saberes, conocimientos ancestrales (art. 96,3), autodeterminación (art.34), educación (36 inc. 5), derechos colectivos (art. 18, inc. 1, 2), uso de aguas (art. 58) tierras, territorios y recursos (art. 79), patrimonio (art. 102), autonomía territorial (art. 234, 235). Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022.

⁸ Herzog advierte que el pluralismo jurídico no es una especificidad colonial, sino una característica común en la historia del derecho del antiguo régimen europeo. Tamar Herzog, “*Latin American Pluralism: The old and the new*”, Quaderne Fiorentini, L, 2021, pp. 713. Una crítica desde la política exterior chilena, véase. José Rodríguez Elizondo, *Vía Constitucional a la revolución: Chile entre el estallido, la plurinacionalidad y el plebiscito*, AthenaLab, Santiago, 2022.

⁹ Francisco Bartolucci, “Una nueva Constitución para “matar la República de Chile”, Diario Constitucional, 8 de febrero de 2022.

¹⁰ Arancibia sostiene: “(El plurinacionalismo) es discordante porque pone fin a la igualdad ante la ley de todos los chilenos, que viene desde 1818 con la frase ‘en Chile no hay persona ni grupo privilegiados’ (...). Muchos chilenos se preguntarán por qué deberían financiar con su esfuerzo los privilegios de algunos que se sienten diferentes y quieren hacer secesión o grupo aparte”, citado en: Mauricio Ávila, “¿La declaración de Estado plurinacional genera privilegios para los pueblos indígenas?”, CIPER, 03 de agosto de 2022. “Dada la categoría superior y privilegiada que estas nuevas naciones adquieren dentro del derecho constitucional chileno, es acertado afirmar que la propuesta de nueva Constitución genera grandes incentivos a la división de Chile en naciones autónomas, tanto en lo territorial como en lo político. Esto constituye un grave riesgo para la integridad territorial del país”. Rene Tapia, “*Plurinacionalidad: Explicación desde el Derecho Político y Constitucional*”, El Libero, 20 de julio de 2022.

¹¹ Sobre esta “piedra fundamental” del derecho público chileno y sus orígenes, véase Eduardo Soto Kloss, “*La regla de oro del derecho público chileno sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833*”, Estudios en Honor de Alamiro de Ávila Martel, Anales de la Universidad de Chile, 5, 20, 1989, pp. 803- 833. En la misma línea dogmática, véase Art. 1, 2, 3 y 4. Constitución Política de la República de Chile, 1925; Art. 3, 4 y 160 Constitución Política de la República de Chile, 1833; Art. 1. Constitución Política de la República de Chile, 1828.

¹² Para Martínez y Peredo, incluso reconociendo las costumbres ancestrales, éstas no siempre pueden pretender tener valor jurídico ante otras fuentes del derecho, además de estar limitadas por los principios generales y derechos fundamentales. José

Más aún: ¿Se podía efectivamente hablar de un derecho propio que no tiene epistemológica escrita, que descansa en costumbres premodernas y que no habría experimentado los procesos de sistematización, secularización, cientificación, profesionalización y codificación que marcan la historia del derecho occidental?,¹³ ¿estarían tales rasgos reservados solo a la evolución progresiva -exitosa- del derecho patrio?¹⁴ Recientemente, Duve y Egío, desde su propuesta metodológica de escribir la historia del derecho como sucesivos “procesos de traducción cultural de conocimiento normativo”, han planteado una pregunta que está muy vinculada: ¿Por qué determinada forma de conocimiento normativo -aquel que nutre el derecho patrio- fue denominado como “derecho” y otros -derechos indígenas- solo “costumbres”? ¿Por qué cuando escribimos algo como “historia del derecho”, es la de una determinada forma de normatividad y no la de otros *modus*?¹⁵ Adicionalmente, es conocido que desde las teorías críticas decolonial, postcolonial y epistemológicas del sur global, las formas culturales de los pueblos originarios, incluyendo su derecho, fueron suprimidos, excluidos o invisibilizados por el colonialismo interno, nacionalismo, y a mayor escala, imperialismo occidental del siglo XIX. Tales estudios críticos han denunciado el “lado oscuro” de la racionalidad jurídica occidental y la universalización -violenta- del derecho europeo,¹⁶ al mismo tiempo que invitan a cuestionar las historias escritas desde el monismo legal, la mirada euro- y estado céntrica, providencialista cristiana, y sustentadora del proyecto de Estado nación.¹⁷

A mi entender, y siguiendo un lugar común dentro de la disciplina histórico jurídico chilena, es fácil constatar un *gap* ante el pasado jurídi-

Ignacio Martínez y Marcela Inés Peredo, “Estado unitario y plurinacionalidad”, en Jaime Arancibia et al. (edit.), *Derecho indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 p. 101.

¹³ Para el caso mapuche, según Loncon, *azmapu* representa un sistema de pensamiento no occidental que regula la relación de todos los seres humanos y no humanos incluyendo la interrelación con la naturaleza y el cosmos. Tal “epistemología del sur” trasciende el antropocentrismo de la filosofía y derecho occidental. Elisa Loncon, *Azmapu*, Editorial Planeta, Santiago, 2023, pp. 57-62.

¹⁴ Meses después del plebiscito del 4 de septiembre de 2022, estudios indicaron que la plurinacionalidad y un sistema de justicia indígena fueron las mayores causales para rechazar el esbozo. Además, una amplia mayoría (82%) respaldaba la idea de que una nueva constitución reconociera a los pueblos indígenas pero “como parte de la nación chilena, que es una e indivisible.” Encuesta Plaza Pública, Cuarta semana de diciembre 2022, CADEM, Estudio 467. <https://cadem.cl/wp-content/uploads/2022/12/Track-PP-467-Diciembre-S4-VF.pdf>.

¹⁵ Thomas Duve y José Luis Egío, *Rechtsgeschichte des frühneuzeitlichen Hispanoamerika*, Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2022, p. 43.

¹⁶ Anghie, Antony et al. (ed.), *Imperialismo y Derecho Internacional: Historia y Legado*, Siglo de Hombre Editores, Bogotá, 2016, p. 102-103.

¹⁷ Juan I. Wilson, “Legal History in the US and Latin America: Explaining a Methodological Divide”, *Latin American Legal Studies*, 10, 2, 2022, pp. 45-48. Estudios clásicos en: Walter Mignolo, *Historias locales / diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Akal, Madrid, 2003. Carlos Wolkmer, *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, Akal, México D.F., 2017.

co de los pueblos preexistentes al estado nación y su ordenamiento jurídico. Una revisión bibliográfica parcial de la historiografía tradicional da cuenta de que la reconstrucción de ordenes normativos de pueblos originarios no ha sido un tópico del mayor interés. Esto no significa que exista una minusvaloración del tema en específico, pero, más bien, han sido disciplinas como la historia, la antropología, la literatura y la lingüística quienes han emprendido la tarea interdisciplinar de reconstrucción, y en época más bien reciente.¹⁸ A modo de ejemplo, de los 25 números de la principal y más tradicional sede de los estudios históricos jurídicos en Chile, la Revista Chilena de Historia del Derecho, un solo artículo está dedicado al tema en específico. En base a fuentes secundarias, en el año 1965, Salvat Monguillot concluye en escuetos nueve puntos las características principales del “derecho de los araucanos”.¹⁹ Si bien el número inaugural de esta revista en 1959 establecía que dentro de su programa de investigación se encontraban los derechos indígenas,²⁰ 35 años después, Dougnac Rodríguez, advertía que el estudio del derecho autóctono americano era aún una tarea pendiente dada la multiplicidad de pueblos en el continente y la dificultad para acceder a sus fuentes.²¹

¿El desinterés tiene que ver solo con el apego intelectual de la historiografía jurídica chilena a las tradiciones indiano-castellana, y romano canónica como fundamento del pasado jurídico nacional?, ¿debe medirse la disciplina de la historia constitucional en Chile solo en base a su investigación sobre los vaivenes de la modernidad político-jurídica occidental en nuestro ámbito? ¿en vista de los debates constituyentes recientes, no debería también considerarse la colonialidad, subalternidad y la otredad indígena, con sus respectivos ordenes normativos, como un factor de re-

¹⁸ Un estudio pionero en Tomás Guevara y Ricardo Latchman, *Costumbres judiciales y enseñanza de los Araucanos*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1904; el estudio más completo en: Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche (COTAM), *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Vol. 3, Anexo Tomo II*, Santiago, 2003. para el caso mapuche: Juan Sánchez Curihuentro, “El Az mapu o sistema jurídico mapuche”, *Revista Crea*, 2, 2001, pp. 28-38. Gertrudis Payas y Silvio Zabala, *Los Parlamentos hispano-Mapuches, 1593-1803: Textos fundamentales*, Ediciones Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2018; José Aylwin, “Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional, Comparado y en la Legislación Chilena”, II Congreso Chileno de Antropología, Valdivia, 1995; Jesús Antona, “Declaración Universal de los Derechos Humanos en mapuzungun a la sombra del Az Mapu”, *Revista Española de Antropología Americana*, 44, 2, 2014, pp. 429-452; Helena Olea Rodríguez (edit.), *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, UDP, Santiago, 2013. Para pueblo Aimara: Álvaro Espinoza Collao, “Entre Mallkus y Apachetas. Prácticas demarcatorias en las primeras inscripciones de la propiedad en la comunidad de Cariquima”, *Estudios Atacameños*, 68, 2022; Álvaro Espinoza Collao, “El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena como Derechos Humanos: su estado en el Derecho Chileno Moderno”, *Cadernos de Dereito Actual*, 8, 2017, pp. 413-437.

¹⁹ Manuel Salvat Monguillot, “Notas sobre el derecho y la justicia entre los araucanos”, *Revista Chilena De Historia Del Derecho*, 4, 1965, pp. 265-279.

²⁰ “Editorial”, *Revista Chilena De Historia Del Derecho*, 1, 1959, p. 7.

²¹ Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., 1994, pp. 188-189.

flexión científica y objeto de contextualización?²² Para responder cómo se configura la “tradicición constitucional chilena”, creo necesario acudir no solo a los consensos políticos que le van dando sustento en el tiempo.²³ Si la tradición constitucional chilena, forjada en mucho por su propia historiografía, se monta en una narrativa en que los pueblos indígenas están integrados culturalmente y son parte de la nación chilena,²⁴ entonces, vale preguntarse por los factores culturales -raciales- presentes en el pensamiento político jurídico chileno que fueron determinando tal rumbo.²⁵

Como quisiera sostener, el clima ideológico marcado por el evolucionismo, el positivismo, y el cientificismo decimonónico pudo haber contribuido a la creación de un relato monista, uniforme, legalista y formalista que sustentó el quehacer científico de la historia del derecho en Chile contemporáneo. Si bien el tema sobrepasa el ámbito de esta investigación, la evolución -euro y estado céntrica- del derecho en Chile se entenderá de forma monista porque, en mucho, se asume la tesis de la asimilación consumada, y, la ausencia, en consecuencia, de cualquier “pugna racial” en la historia constitucional chilena. Como se intentará evidenciar, si los derechos de los pueblos indígenas tenían un carácter eminentemente consuetudinario, entonces, la creencia -y narrativa- sostenida desde el siglo XIX en la irremediable desaparición de usos, prácticas, tradiciones y formas culturales de tales pueblos resulta ser determinante a la hora de explicar el desconocimiento del derecho consuetudinario indígena en el actual ordenamiento jurídico nacional, y más precisamente, en el presente debate constitucional chileno.²⁶

²² Sobre la “hostilidad” del derecho constitucional y el positivismo jurídico del uso de la historia para la comprensión del derecho, véase Gustavo Zagrebelsky, *Historia y constitución*, Editorial Trotta, Santiago, 2019, pp. 30-33. Incluso historiografía constitucional reciente en sus intentos de contextualizar no problematiza el tema, véase: Juan Luis Ossa Santa Cruz, *Chile Constitucional*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2020. Fernando Jiménez Loosli y Fernando Jiménez Larraín, *Historia Constitucional de Chile*, op. cit., p. 225. Rodrigo Obrador y Karem Orrego, *Constituciones Chilenas de 1833, 1925 y 1980: Historia, Instituciones y Debate Constituyente*, RIL Editores, Santiago, 2021.

²³ Se sigue aquí historiografía norteamericana sobre “contrato racial” y “formación racial del estado”, véase Richard Rothstein, *The Color Of Law*, New York, Liveright, 2017; David Theo Goldberg, *The Racial State*, Blackwell, Oxford, 2002; C. W. Mills, *The racial contract*, Cornell University Press, New York, 1997.

²⁴ En la tradición constitucional chilena los pueblos originarios quedan incluidos en el concepto de persona, pueblo es el electorado político. María Inés Peredo, “*Tradicición constitucional chilena y reconocimiento de los pueblos originarios en la constitución*”, en Francisco Javier Bedecarratz (edit.), *Estado y pueblo mapuche: una mirada desde el derecho y las políticas públicas*, RIL, Santiago, 2020, pp.164-166.

²⁵ Sobre la inclusión/exclusión de historias precoloniales del derecho en los nacionalismos historiográficos véase, Thomas Duve, “*What is global legal history?*”, *Comparative Legal History*, 8, 2, 2020, pp. 94-96.

²⁶ La ley N°19.253 que crea la CONADI de 1993 (art. 54 y ss.), y el Convenio 169 de la OIT (art. 8, inc.1,2,3.), vigente en Chile desde 2009, ratifican la costumbre indígena. No obstante, su aplicación ha generado enorme debate. Manuel Núñez y Sebastián Donoso, *El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Manual para su*

II. UN DERECHO DESRACIALIZADO

Si entendemos que las fuentes materiales del derecho constitucional comprenden todas aquellas situaciones de hecho -principalmente políticas- que han ido dando forma a la norma constitucional,²⁷ en el caso chileno, el factor de la agencia indígena no fue problematizado sino hasta las últimas décadas.²⁸ Sabemos bien que no es objeto central de estudio del constitucionalismo confrontarse con los vaivenes de la historia política pues su foco está principalmente en el análisis dogmático y orgánico del código político en sí. Como se ha planteado, en este primer apartado, el foco está en dilucidar la narrativa dominante sobre la otredad indígena que acompaña a la historiografía constitucional chilena, especialmente, en algunos escritos clásicos del siglo XX más difundidos en la educación jurídica nacional.

La narrativa sustentada en el eje asimilación cultural/monismo jurídico se hace evidente cuando la historia constitucional chilena se pregunta por la nacionalidad y la ciudadanía. Sabemos que la identidad nacional es uno de los elementos constitutivos del concepto de nacionalidad y ciudadanía desarrollados por el constitucionalismo moderno.²⁹ En este sentido, es llamativo que en la historiografía chilena se toque el tema de la “formación de la raza”, tal como titula el jurista, intelectual y profesor de derecho constitucional Fernando Campos Harriet (1910-2003) en su famoso manual del año 1956. Sobre la condición de “los indios”, menciona: “Aparte de los araucanos, rebeldes a toda fusión, el resto del elemento indígena fue absorbido enteramente por la raza blanca o española, debido principalmente al clima, favorable a su desarrollo; salvo en la Araucanía independiente, que constituía en realidad un estado aparte, aunque débil y bárbaro. Según Barros Arana, ya a fines del siglo XVIII la fusión de las razas estaba totalmente consumada al norte del Bío-Bío.”³⁰

aplicación judicial, Der Ediciones, Santiago, 2022. Sobre análisis jurisprudencial reciente véase: Juan Jorge Faundez, “Primera Sentencia que aplica el Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 1, 1, 2010, pp. 97-113; Ronny Alejandro Leiva Salamanca, “Maremoto de 1960, sacrificio humano y restablecimiento del equilibrio en el wallmapu”, *Investigaciones Sociales* 17, 30, 2013, pp. 35-45; Myrna Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, *Polít. crim.*, 9, 17, 2014, pp. 213-247; Myrna Villegas y Eduardo Mella-Seguel, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, LOM, Santiago, 2017.

²⁷ Ángela Vivanco, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Ediciones UC, Santiago, 2022, pp. 75-79

²⁸ Para Wilson, la historiografía constitucional se ha detenido poco en profundizar cómo los grupos identitarios lidiaron con preceptos constitucionales y cómo éstos afectaron su identidad. Juan I. Wilson, “*Legal History in the US and Latin America: Explaining a Methodological Divide*”, *op. cit.*, p. 44. Ver bibliografía nota 6 y 16.

²⁹ Mario Verdugo y Ana María García Barzelatto, *Manual de derecho político*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, pp. 57-62.

³⁰ Fernando Campos Harriet, *Historia constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 40.

El mestizaje -con predominio racial blanco- juega un rol central en este análisis. Para Campos Harriet, no obstante, la “pacificación de la Araucanía”, esto es, la reducción y ocupación militar del territorio ancestral mapuche (1861-1883) por parte del Estado de Chile, vendría a sellar el proceso de homogeneización, pasando a ser una de las ventajas de la -exitosa- estabilidad institucional chilena: “Los araucanos fueron eliminados en masa en la guerra de Arauco; los sobrevivientes, diezmados por las epidemias y por el alcoholismo, fueron totalmente anexados bajo la República. A estas circunstancias se debe que no hayamos tenido problema racial en nuestro país. En cuanto al contingente negro que hubo en Chile, vivió en una situación de esclavitud. Este grupo no tuvo importancia étnica ya que no sobrevivió”.³¹

La historia constitucional de Chile de Campos Harris es sin duda uno de los textos más difundidos en la formación jurídica chilena. Como profesor de la Facultad de Derecho de Universidad de Chile, su manual de 1956 tiene siete reediciones a la fecha. No obstante, estos pasajes no significan que el jurista tenga una animadversión ante el mundo indígena. En un artículo homenaje dedicado a la obra *La Araucana* del poeta militar español Alonso de Ercilla y Zúñiga (1533-1594), como veremos en muchos de sus colegas, Campos Harriet rescata la difundida imagen del araucano como defensor inquebrantable de la libertad y espíritu guerrero. Tales virtudes, valoradas por el nacionalismo historiográfico, nutrirían la identidad nacional chilena.³²

Pero Campos Harris no es el único en negar la “pugna racial” en el entendimiento del devenir político institucional chileno. Otro escrito clásico en la materia es el de Julio Heise (1906-1989) y su famosa obra *Historia Constitucional de Chile* de 1950.³³ Para explicar por qué en Chile la época de ensayos constitucionales o “anarquía” es tan corta, el jurista menciona entre varios factores: “Otra circunstancia que indudablemente explica lo breve y lo incruenta que fue nuestra anarquía en relación con los demás pueblos hispanoamericanos es el factor racial. En la América tropical el aporte de sangre negra y la mayor proporción de sangre aborigen que se produjo en el mestizo por la selección favorable al indígena, determinada por el clima, dio indudablemente a la Anarquía ese aspecto

³¹ Fernando Campos Harriet, *Historia constitucional de Chile, op. cit.*, p. 41

³² Fernando Campos Harriet, “Don Alonso de Ercilla y la Araucana”, Boletín de la Academia Chilena de la Historia, 61, 1994, p. 187: “Volviendo a los mapuches o araucanos, recordemos que fue un pueblo cazador totémico (no tuvo organización política unitaria). Tuvieron el cahuín, o clan totémico, al frente del cual existía un jefe llamado lonco. El toki era la cabeza del levo, agrupación de cahuines. Su mayor ferocidad guerrera que puso en jaque a los más valientes soldados españoles, ha hecho de ellos un símbolo del valor y de la independencia de la raza chilena. La guerra fue para ellos casi una dedicación exclusiva”.

³³ Julio Heise, *Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile Santiago, 1950.

sangriento, a veces de pugna racial, de mayor turbulencia y, sobre todo, de más larga duración que en nuestro país.³⁴

El mismo argumento racial y el factor climático aparecen cuando Heise explica que la formación del estado en Chile ha sido obra -exitosa- de la aristocracia -blanca europea-. Al destacar el éxito del “régimen portaleano”, el jurista es claro en atribuirlo a “La relativa unidad racial y particularmente el claro predominio de la sangre europea en nuestro pueblo... Sabemos que el clima templado descartó el factor negro en nuestra estructura racial; pero además es menester recordar aquí que el clima también fue en el mestizaje favorable al blanco y las guerras de Arauco produjeron un tipo popular mestizo más cargado de sangre blanca europea, como consecuencia del exterminio de grandes masas aborígenes.”³⁵ Como queda en evidencia, para Heise -y Campos Harris- la unidad política, social y también jurídica exigen la “unidad racial”.

Alcibiades Roldan (1859-1947), parlamentario liberal, profesor de derecho constitucional y ministro de Estado, décadas antes, compartía la misma opinión de Heise al indicar que los intentos criollos de una constitución de corte federal como en los Estados Unidos era impracticable dado el “carácter del pueblo chileno”. Su razón principal estaba en que “el federalismo no podía ser establecido de un modo artificial”.³⁶ De obviar el factor histórico (organización social -racial- de Chile), la anarquía se haría presente tal cual lo mostraban los experimentos constitucionales centroamericanos.³⁷ Tomando en cuenta los antecedentes de hecho, Roldan sostiene: “ni por la reducida extensión de su territorio, ni por la configuración de éste, ni por la homogeneidad de raza, de tradiciones, de costumbres, Chile estaba en condiciones de implantar con éxito ese sistema.”³⁸ Para el constitucionalista, como herencia colonial, la república había recibido una población esparcida en grandes fundos rústicos, con preponderancia de la “raza indígena” viviendo en situación similar a la de los siervos.³⁹ Con el tiempo, el latifundio fue creando la masa rural mestiza, grueso de la población nacional, que las instituciones liberales republicanas debían regenerar.

La otredad indígena y la lectura racial de la historia constitucional chilena aparece más desarrollada en la obra del jurista y profesor Jaime Eyzaguirre (1908-1968), uno de los historiadores del derecho que más

³⁴ Julio Heise, *Historia Constitucional de Chile*, op. cit., p. 43.

³⁵ Julio Heise, *Historia Constitucional de Chile*, op. cit., p. 44.

³⁶ Alcibiades Roldan, *Elementos del Derecho Constitucional*, Imprenta Litografía Barcelona, Santiago, 1917, p. 92.

³⁷ La historia constitucional chilena muestra que la unidad del Estado, como principio básico articulador del poder político, ha admitido la descentralización y desconcentración administrativa pero no formulas federales o regionales. José Ignacio Martínez y Marcela Inés Peredo, *Estado unitario y plurinacionalidad*, op. cit., p. 101.

³⁸ Alcibiades Roldan, *Elementos del Derecho Constitucional*, op. cit., p. 93.

³⁹ Alcibiades Roldan, *Elementos del Derecho Constitucional*, op. cit., p.72.

influyó en Campos Harriet, entre otros. Si bien en su *Historia Constitucional* de los años 50', y su múltiples veces reeditada *Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, Eyzaguirre no toca el tema directamente, si profundiza en escritos menores. Desde su hispanismo católico, el jurista postula que a diferencia del español, el "araucano" era ajeno a toda especulación metafísica y abstracción, de modo que "no tienen para él sentido las ideas de patria, de honor, de gloria, de justicia y de derecho".⁴⁰ Todas las manifestaciones culturales del "araucano" son descritas por Eyzaguirre como alejadas al modelo cultural cristiano europeo, por tanto, su derecho no contribuye al derecho nacional.⁴¹ Fueron las diferencias irreconciliables en estas materias por las que la convivencia pacífica entre ambos grupos se hizo dificultosa, impidiéndose la "fusión de las razas". A diferencia de lo que ocurrió con los pueblos indígenas agricultores que ocupaban el territorio entre el Desierto de Atacama y el Seno de Reloncabí, los cuales rápidamente se mezclaron y trabajaron para los españoles en su sistema de encomienda, así su relato, los "araucanos" fueron los que menos contribuyeron a la "formación de la nacionalidad chilena".⁴²

Es más, para Eyzaguirre, fue el mencionado Ercilla quien crea la tradición del "araucano" como heroico guerrero que nutre la identidad nacional chilena. Al contrario de Campos Harriet y Heise, según su interpretación, el araucano es un impedimento para el progreso. Su constante resistencia impide durante dos siglos la vida normal entre los colonos obligando al gobierno español a invertir el alto costo de "una guerra sin descanso".⁴³ Su hábito de romper la paz genera, además, un precario desarrollo de la industria y la cultura en Chile. El peligro inminente de los levantamientos araucanos, solo frenados por los "parlamentos" hispano-mapuche, generaron un "hábito guerrero" en el criollo e impregnaron de tradición militar al territorio fronterizo de Concepción.

Tal vez por su doble formación, histórica y jurídica, Luis Galdames (1881-1941), en su *Historia de Chile: la evolución constitucional*, incluye un análisis un poco más detallado sobre el rol del mundo indígena en la evolución del derecho constitucional chileno. Galdames se detiene en cómo el proyecto ilustrado criollo desde la independencia, basado en los valores democráticos y republicanos, buscaba ampliar la educación y cultura a todos los estratos de la sociedad.⁴⁴ Los ilustrados criollos, menciona Galdames, compartían la tesis de la regeneración total del pueblo, en el sentido de ofrecer una educación integral como parte del bien general al que apun-

⁴⁰ Jaime Eyzaguirre, *Hispanoamérica del dolor y otros estudios*, Eds. de Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid, 1979, p. 56.

⁴¹ Jaime Eyzaguirre, *Historia del Derecho*, Editorial Universitaria, Santiago, 1978, p. 18.

⁴² Jaime Eyzaguirre, *Hispanoamérica del dolor*, *op. cit.*, p. 57.

⁴³ Jaime Eyzaguirre, *Hispanoamérica del dolor*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁴ Luis Galdames, *Historia de Chile: la evolución constitucional*, Balcels & cia, Santiago, 1925, pp. 410-411.

taba el nuevo orden republicano. La extensión de la educación y la cultura a toda la población era un requisito para dar forma al moderno concepto de ciudadanía.⁴⁵ El contrapunto era claro, el proyecto republicano ilustrado necesitaba “modificar a corto plazo costumbres i mentalidades” del bajo pueblo pues solo entonces Chile estaría “a la altura de las más avanzadas naciones”.⁴⁶ Cuando se especifica quiénes son parte de este proyecto, Galdames indica “todos los hombres que habitaran el territorio de la república”.⁴⁷ Basado en el plan de civilización de los indios del clérigo ilustrado Camilo Henríquez de 1812, y con antecedentes tardo coloniales, Galdames establece claramente el fin del Estado en ciernes con respecto a los indígenas del centro del país, y sobre todo para con los mapuche: “Asimilarse a los primeros, que apenas si eran unos pocos miles; incorporarlos a la nacionalidad a fin de atraer a ella también a los nativos de Arauco, que eran todo un Estado en la barbarie, constituía, a juicio de aquellos pensadores, un deber i una reparación justiciera que pesaba sobre la república”.⁴⁸

Primera expresión de esta política asimilacionista, fue la ley del 1ero de julio de 1813 en favor de la “raza autóctona” por la que se transformaban en villas a los antiguos “pueblos de indios”. Galdames valora el rol de la comisión designada por la ley para la implementación del nuevo régimen, cuyo objetivo era alcanzar “la absorción social de esas supervivencias raciales”. La ley, dice Galdames, quiere eliminar la diferencia de castas, pues a los indígenas se les considera hermanos y cualquier habitante de la república podía residir con ellos.⁴⁹ La guerra de independencia borró este plan, no obstante, los estadistas bajo un idealismo humanitario no cesaron en sus loables “doctrinas rejenadoras”.⁵⁰

III. NO TAN DISTINTOS

La posición de parte de la historiografía constitucional del siglo XX ante la pervivencia del factor indígena, y la defensa de una visión jurídica monista del derecho nacional chileno, se sustentan -y explican- a mi entender en procesos políticos, económicos, sociales y culturales de mayor envergadura que retrotraen al siglo XIX.⁵¹ Como sabemos, una pregunta

⁴⁵ Luis Galdames, *Historia de Chile: la evolución constitucional*, op. cit., p. 413.

⁴⁶ Luis Galdames, *Historia de Chile: la evolución constitucional*, op. cit., p. 417.

⁴⁷ Luis Galdames, *Historia de Chile: la evolución constitucional*, op. cit., p. 417.

⁴⁸ Luis Galdames, *Historia de Chile: la evolución constitucional*, op. cit., p. 418.

⁴⁹ Luis Galdames, *Historia de Chile: la evolución constitucional*, op. cit., p. 419.

⁵⁰ Luis Galdames, *Historia de Chile: la evolución constitucional*, op. cit., p. 420.

⁵¹ Sobre el eurocentrismo en la construcción identitaria desde el estado por la elite chilena del XIX, véase Bernardo Subercaseaux, *Historia de las Ideas y de la Cultura en Chile Volumen I*, Editorial Universitaria, Santiago, 2011, pp. 187-203; Jorge Larrain, *Etapas y discursos de la identidad chilena*, LOM, Santiago, 2001. Fernando Pérez Godoy, “Un gentil civilizador. Reflexiones poscoloniales sobre Andrés Bello”, *Historia* (Santiago), 52, 1, 2019, pp. 199-216.

clave del siglo XIX en términos políticos y constitucionales era ¿qué hacer con la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico heredado del universo normativo hispano colonial?⁵²

En el caso chileno y en general para las nuevas repúblicas latinoamericanas,⁵³ son conocidos los controvertidos procesos políticos de reducción, asimilación y homogenización del mundo indígena americano en el marco del proyecto liberal republicano.⁵⁴ Sabemos bien que dentro de la elite intelectual criolla que encabeza la organización de la república desde 1810, hay variados intentos de reconocer la contribución de los pueblos originarios y su riqueza cultural a la matriz identitaria nacional, sobre todo, en el caso mapuche.⁵⁵ Investigaciones recientes se han detenido en la conflictiva “construcción artificial” de una identidad nacional,⁵⁶ pero poco conocemos sobre el rol y la suerte que tuvo el derecho de los pueblos originarios en tal entramado durante el siglo XIX, y, menos, cómo interactuaron con la conformación del monismo jurídico nacional chileno.⁵⁷ En este marco, creo necesario apuntar que la homogenización del discurso jurídico decimonónico debe ser analizado en su contexto intelectual, social, científico, y cultural, específicamente en su retroalimentación con la ciencia republicana.⁵⁸ Los relatos, crónicas, y estudios etnográficos, antropológicos y de “raza” -llevados a cabo por extranjeros contratados por la autoridad educativa de la época- sobre pueblos originarios, contribuyeron, como veremos a continuación, a cancelar el anti-gu pluralismo jurídico y la plurinacionalidad.

⁵² El tema se profundiza en apartado V. Sobre el debate e interpretación de legislación protectora indígena entre juristas chilenos de siglo XIX, en Óscar Dávila, “La doctrina sobre derecho indígena en Chile en la etapa de las radicaciones (1866-1930)”, *Derecho Público Iberoamericano*, 14, 2019, pp. 133-150.;

⁵³ Mónica Quijada, “La ciudadanía del “indio bárbaro”. Políticas oficiales y oficiosas hacia la población indígena de la Pampa y la Patagonia, 1870-1920”, *Revista de Indias*, 59, 1999. Tamar Herzog, “Latin American Pluralism: The old and the new”, *op. cit.*, pp. 715-719.

⁵⁴ Gabriel Cid, “De la Araucanía a Lima: los usos del concepto ‘civilización’ en la expansión territorial del Estado chileno, 1855-1883”, *Estudios Ibero-Americanos*, 38, 2, 20, pp. 265-283. José Bengoa, *Mapuche, colonos y Estado Nacional*, Catalonia, Santiago, 2014. Alberto Harambour, *Soberanías fronterizas: Estados y capital en la colonización de Patagonia (Argentina y Chile, 1830-1922)*, Ediciones UCh, Punta Arenas, 2019.

⁵⁵ José Luis Martínez, Viviana Gallardo y Nelson Martínez, “Construyendo identidades desde el poder: los indios en los discursos republicanos de inicios del siglo XIX”, en Guillermo Boccara (edit.), *Colonización, resistencia y mestizaje en las Américas*, Ediciones Abya- Yala - IFEA, Quito, 2002, p. 37.

⁵⁶ Viviana Gallardo, “Héroes Indómitos, Bárbaros y Ciudadanos Chilenos: El Discurso sobre el indio en la construcción de la identidad nacional”, *REHI*, 5, 2001, p. 121. Gabriel Cid, *Pensar la revolución. Historia intelectual de la independencia chilena*, Ediciones UDP, Santiago, 2019, pp. 282-292.

⁵⁷ Matías Meza-Lopehandía, José Aylwin Oyarzún, Nancy Yáñez Fuenzalida, *Los pueblos indígenas y el derecho*, LOM, Santiago, 2013, p. 44.

⁵⁸ Héctor Mora y Mario Samaniego, *El pueblo mapuche en la pluma de los araucanistas. Seis estudios sobre construcción de alteridad*, Ocho Libros Editores, Santiago, 2018.

Bajo los ideales ilustrados del liberalismo conservador, la piedra inicial del proceso de homogeneización social, asimilación cultural y unificación jurídica está en el mencionado escrito de Camilo Henríquez del año 1812 “Civilización de los indios”. Para el clérigo ilustrado, la libertad y la posesión de la tierra eran lo más querido por los mapuche de modo que hacer la guerra o reunirlos en “poblaciones”, como se planteó durante la colonia, era un paso en falso. Para el clérigo ilustrado era necesario reconocer “la igualdad entre chilenos e indios” pero basada en la consanguinidad. A su juicio, éste es “el lazo más pronto y más fuerte que reduce a una sola familia a los extranjeros y los naturales del país”.⁵⁹ Henríquez no pierde la fe en la ilustración y civilización de tales pueblos de modo que tras su instrucción por medio de la educación estatal se pueda dar el gran paso “de que todos nuestros compatriotas, indios y españoles, formen una sola familia, sujeto a unas mismas leyes y un solo gobierno”.⁶⁰ Una vez instruidos en el mismo Instituto Nacional, los “araucanos” podrían ejercer todo tipo de magistraturas y funciones dentro del nuevo orden republicano. El fin último de su programa era que adquirieran las costumbres y modales de los “pueblos avanzados”, y sus ricas tierras fueran colonizadas y explotadas en bien de la república.⁶¹

En términos constitucionales, y bajo este mismo espíritu ilustrado, el proyecto de constitución para el Estado de Chile de Juan Egaña de 1811 -publicado en 1813- hace alusión igualmente al conocido sistema colonial de castas que buscaba ser suprimido en nombre de la igualdad ante la ley. Entre “indios y españoles” no hay contribuciones, ni privilegios distintos. Dado que Egaña piensa su modelo político en términos de mérito cívico, establecía restricciones para los indígenas que se casaran con afroamericanos pues no contribuía a “mejorar su mérito”. Si el indio se casaba con india o mulata no mejoraba su casta, en cambio, sí lo hacía si se casaba con cuarterona hacia arriba.⁶²

En contexto de guerra con España, los criollos acentuaron en su discurso anticolonial el imaginario -o “mito fundante”- de los mapuche como férreos defensores de la independencia y la libertad,⁶³ a pesar de que, como sabemos, las comunidades se van a disgregar en distintos bandos y apoyan las causas realistas y patriotas según su propia agenda

⁵⁹ Camilo Henríquez, “Civilización de los Indios”, en Ana María Stiven y Gabriel Cid, *Debates republicanos en Chile, siglo XIX, Vol. II*, Ediciones UDP, 2012, p. 462.

⁶⁰ Camilo Henríquez, “Civilización de los Indios”, *op. cit.*, p. 463.

⁶¹ Camilo Henríquez, “Civilización de los Indios”, *op. cit.*, p.464.

⁶² Citado en Ana María Stiven y Gabriel Cid, *Debates republicanos en Chile, op. cit.*, p. 437.

⁶³ Máxima expresión de este retrato de los “araucanos” como sinónimo de bravura, libertad y resistencia al régimen colonial español en José Victorino Lastarria, *Investigaciones sobre la influencia social de la Conquista i del sistema colonial de los españoles en Chile*, Imprenta del Siglo, Santiago, 1844, p. 26.

(guerra a muerte).⁶⁴ Tras la obtención de la independencia en 1818, la máxima autoridad chilena, el libertador y Director Supremo Bernardo O'Higgins, criticaba fuertemente las leyes de indias y los abusos que había perpetrado el régimen colonial a los indígenas de Chile. Al contrario, al incluirlos en la moderna ciudadanía, y al ingresar al sistema liberal que Chile adoptaba, los indígenas podían acceder a todos los beneficios del derecho occidental con plena capacidad.⁶⁵ En este sentido, se eliminaban antiguas instituciones, por ejemplo, la del protector de naturales, los tributos y estatus sociales que habían establecido “los conquistadores”.

La intención de O'Higgins de extender el principio de igualdad ante la ley a los indígenas queda de manifiesto así: “Por tanto declaro que en lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos y libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y 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, y a ejercer las carreras de las letras, y de las armas, para obtener los empleos políticos y militares correspondientes a su aptitud”.⁶⁶ Seguramente esta es la expresión más evidente, en esta primera época de organización de la república, de la intención del mundo criollo de poner fin gradualmente al pluralismo jurídico indiano y -bajo el concepto de ciudadanía moderna- hacer ingresar a los pueblos originarios al monismo jurídico nacional.

Como en otras partes de América, los criollos chilenos debatieron en los primeros momentos constituyentes los términos de la nación chilena y la inclusión o exclusión constitucional de los pueblos indígenas. Si bien en el debate se tiene cierto consenso de que los pueblos entre el límite norte -desierto de Atacama-, y el límite sur -norte de Concepción- habían sido absorbidos en la nación chilena, se tiene también certeza de que los mapuche no estaban sometidos a las leyes de la república a pesar de la reiterada propuesta de declararlos ciudadanos chilenos.⁶⁷ Voces de convencionales constituyentes en 1828 como Gaspar Marín y Manuel Antonio Recabarren apelaban a que existía un reconocimiento previo por parte de la corona española vía “parlamentos” de la independencia mapuche.⁶⁸ Igualmente, tal autonomía era reconocida por el mismo O'Higgins bajo la salvaguardia del derecho de gentes. En estos “tratados internacionales”, las soberanías, española colonial primero

⁶⁴ Benjamín Vicuña Mackenna, *La Guerra a Muerte*, Imprenta Nacional, Santiago, 1868.

⁶⁵ Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*, *op. cit.*, p. 86.

⁶⁶ Citado en Ana María Stiven y Gabriel Cid, *Debates republicanos en Chile*, *op. cit.*, p. 445

⁶⁷ Citado en Ana María Stiven y Gabriel Cid, *Debates republicanos en Chile*, *op. cit.*, p. 445

⁶⁸ Ana María Stiven y Gabriel Cid, *Debates republicanos en Chile*, *op. cit.*, p. 449.

y chilena republicana después, habían permitido a los indígenas vivir conforme a sus leyes y regirse por sus propias costumbres, entre otras prerrogativas.⁶⁹ Para otras voces dentro de la convención constituyente de 1828, tales “acuerdos de nación a nación” no eran vinculantes porque los araucanos no eran sino “tribus” que debían ser asimiladas pues vivían dentro de los límites territoriales de la república y por tanto eran ciudadanos chilenos regidos por el derecho patrio como los de cualquier otro lugar del territorio nacional.

Como propone Bartolomé Clavero, el constitucionalismo chileno, desde el siglo XIX, dogmatizó a tal grado el principio de la indivisibilidad de la soberanía, del territorio y de la nación que simplemente asimiló toda la diversidad indígena al concepto monolítico cultural de la nación chilena.⁷⁰ Esta última visión será la que prevalezca tras la promulgación de la Constitución Política de 1833. Dado que deja atrás la época de anarquía constitucional -o ensayos constitucionales-, guerra civil mediante, la carta del 33 tiene según Gargarella un “carácter pacificador”.⁷¹ Si bien el constituyente apunta a la desorganización política partidaria de la época precedente (anarquía constitucional), la intención era claramente uniformar política y jurídicamente el territorio y la población como elementos constitutivos de todo estado moderno.⁷² Cualquier tipo de disidencia, provincialismo y autonomía eran contrarios al espíritu de la norma suprema. Es por lo mismo que ya en esta época aparece la idea de una perpetua “pacificación” del territorio aún en manos de “tribus” ahora consideradas “bárbaras y enemigas” de la república.⁷³ Como sostiene Bravo Lira, el carácter misional del estado indiano fue asumido en parte por el estado nación chileno bajo el influjo de los resabios de la ilustración católica borbónica en su tarea de civilizar (evangelizar) a la

⁶⁹ José Bengoa, *El tratado de Quilín*, Catalonia, Santiago, 2007, p. 55. Gertrudis Payas y Silvio Zabala, *Los Parlamentos hispano-Mapuches, 1593-1803: Textos fundamentales*, op. cit., pp. 565-6.

⁷⁰ Bartolomé Clavero, “Reconocimiento Mapu-che de Chile”, op. cit., pp.17-18.

⁷¹ Es por esta razón que el ejecutivo tiene tan amplios poderes, incluso, el de suspender la constitución (art. 161). Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz Editores, Buenos Aires, 2014, pp. 136-137. Críticas desde la historia social, véase Gabriel Salazar, *Historia del Municipio y la Soberanía Comunal en Chile (1820-2016)*, Universitaria, Santiago, 2019. Pablo Ruiz Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado*, Santiago, LOM, 2016.

⁷² No solo en la dimensión de organización político institucional debe considerarse el factor de la raza. Como explica Harris, la historia del capitalismo y la historia de la raza deben vincularse puesto que herramientas jurídicas emergen en los procesos de desposesión indígena, sobre todo al contraponer modernos conceptos de derechos y formas de propiedad que disuelven las economías políticas indígenas. Angela P. Harris, “Foreword, *Racial Capitalism and Law*”, en Destin Jenkins, Justin Leroy (edit.), *Histories of Racial Capitalism*, Columbia University Press, New York, 2021, p. XII.

⁷³ Ana María Stiven y Gabriel Cid, *Debates republicanos en Chile*, op. cit., p. 453.

población que aún vivía en la barbarie.⁷⁴ Tal política de evangelización/civilización se manifiesta en la fundación de colegios y la restauración de la política de envío de misiones religiosas impulsadas por el gobierno.⁷⁵ ¿Implicaba la tan conocida tarea de pacificar, civilizar y evangelizar a los “indios” la pérdida de su derecho propio? Más aún: ¿Era el primitivismo y escaso refinamiento cultural a ojos de la elite republicana el culpable de que tales costumbres no fuesen consideradas “derecho”?

IV. UNA SOLA GRAN FAMILIA

A pesar de los intentos de asimilación y homogenización jurídica inspirados en la carta de 1833, y complementados por la legislación republicana de la primera mitad del siglo XIX, distintos testimonios de la época dejan en evidencia que los “araucanos” vivían conforme a sus costumbres, desconociendo las leyes de la república y, lo más importante a ojos de la autoridad chilena, ejercían jurisdicción sobre un territorio que en el texto constitucional era parte de los límites territoriales del estado en formación.⁷⁶ En 1845, por ejemplo, y tras sus viajes de investigación al sur de Chile, el científico polaco Ignacio Domeyko, una de las principales autoridades científicas de la época, sostenía que las costumbres indígenas eran llamativas para los extranjeros, pero sobre todo lo eran para los propios chilenos que “viendo la rapidez con que la riqueza, el orden, la civilización se extienden en su agraciado país, extraña que en el seno de esta misma patria constituida en una nación libre, soberana, viva todavía un puñado de hombres salvajes, extraños a la divina luz del cristianismo.”⁷⁷ Una de las soluciones planteada por Domeyko ante esta anomalía pasaba por “uniformar sus leyes i costumbres”, pues toda la nación debía actuar “como obra un solo hombre fuerte, activo e inteligen-

⁷⁴ Bernardino Bravo Lira, *Portales y el tránsito del absolutismo ilustrado al estado constitucional en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 380. Un Decreto del 19 de noviembre de 1835 del ministro Diego Portales sería para Bravo Lira testimonio de esta herencia indiana: “Considerando el gobierno que uno de los primeros y más esenciales deberes es contribuir a la propagación de la religión que profesa la Nación, especialmente entre aquellas gentes que no la conocen y que por lo mismo son perjudiciales a si mismas y a la sociedad”

⁷⁵ Bernardino Bravo Lira, *Portales y el tránsito del absolutismo ilustrado al estado constitucional en Chile*, *op. cit.*, p. 381. Las misiones también se dan conforme al decreto del 11 de enero de 1832 con reapertura del colegio de franciscanos recoletos de Chillan. Guevara cita tal documento: “El principal objeto de su establecimiento es: mandar misioneros entre los bárbaros para iniciarlos en los principios de nuestra Sagrada religión i mirar su civilización”. Tomás Guevara, *Historia de la civilización de la Araucanía*, *op cit.*, p. 66.

⁷⁶ Para efectos de la Constitución de 1833, se declara chilenos a todos los nacidos en el territorio que va desde “el Desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos y desde la Cordillera de los Andes hasta el Mar Pacífico” (art. 1).

⁷⁷ Ignacio Domeyko, *Araucanía i sus habitantes*, Imprenta Chilena, Santiago, 1846, p. 2.

te”. Al contrario, lo que presenciaban los chilenos en la década de los 40’, afirma Domeyko, era un Chile dividido en dos por un “puñado de jentiles hostiles a la civilización i sumerjidos en la barbarie”.⁷⁸

En una pregunta que trasciende a su presente, Domeyko establece: “¿Debería pues la Nación Chilena permanecer en esta actitud pasiva con respecto a sus hermanos, i limitarse a ostentar aquel aparato de fuerzas, cuando su misión es tan elevada i sus obligaciones la llaman a emprender otra tarea más sagrada i civilizadora?”⁷⁹ La reducción de los indígenas en términos bélicos sería un crimen por parte de la república, por ello, Domeyko apela a los métodos de paz y civilización, esto es, reformar “costumbres e inclinaciones”.⁸⁰ No obstante, se pregunta: ¿Cómo podría conseguir la república que el “indio” libre y voluntariamente se desprendiera de esos antiguos hábitos? Su propuesta es hacerlo a través de la intensificación de la fe cristiana. Para ello propone la vecindad con “buenos cristianos”, misioneros entendidos en la lengua indígena, así como la fundación de escuelas,⁸¹ pues: “la reducción de los indios ha de consistir en su unión en una misma familia con los chilenos mediante una civilización moral i religiosa, i no una conquista”.⁸² La cuestión fundamental estaba finalmente en que “mientras existan estas leyes i costumbres ¿podrá un indio llamarse Chileno?”

Pero la constitución de 1833 también podía ser interpretada a favor de los mapuche. En 1847, el diputado propietario por Petorca y posterior Presidente de Chile (1851-1861), Manuel Montt (1809-1880), establecía que la propiedad era un derecho anterior a toda ley civil y política. En este sentido, la propiedad que tenían los indígenas y que legítimamente habían poseído era un derecho a respetar por la república. De afectarlos, se atentaba contra los principios consignados en la misma carta. Como recuerda el diputado, las leyes españolas habían sido muy poco favorables al despojar a los indígenas de gran parte de sus derechos, sin embargo, habían reconocido el derecho a la propiedad de los terrenos de que estaban en legítima posesión.⁸³ Para fundamentar su posición, el abogado conservador cita la ley 7ª, título 12, libro 4 de las leyes de indias sobre

⁷⁸ Ignacio Domeyko, *Araucanía i sus habitantes*, op. cit., p. 3.

⁷⁹ Ignacio Domeyko, *Araucanía i sus habitantes*, op. cit., p. 73.

⁸⁰ Ignacio Domeyko, *Araucanía i sus habitantes*, op. cit., p. 72. Domeyko reconoce que hay una gran diferencia entre los ciudadanos de una nación civilizada, como la chilena, y la de los araucanos. Es así como propone que lo más justo sería que el gobierno, la administración y las leyes a que se sometían dichos indios sea un orden distinto al que se practica en otras partes de la república. Tal orden sería un orden de excepción, “aplicables a las circunstancias y necesidades del tiempo”. Ignacio Domeyko, *Araucanía i sus habitantes*, op. cit., p. 87.

⁸¹ Ignacio Domeyko, *Araucanía i sus habitantes*, op. cit., p. 102

⁸² Ignacio Domeyko, *Araucanía i sus habitantes*, op. cit., p.102.

⁸³ Manuel Montt, “*Los derechos de propiedad que tienen los indígenas*”, en Andrés Stefane (edit.), *Cuando Íbamos a ser Libres*, Fondo De Cultura Económica, Santiago, 2021, p. 152.

repartimiento de tierras. Esta ley prohibía causar perjuicio y agravios a los indígenas en materias de posesión. En el libro 6 del mismo código, agrega el diputado, se establecía además que dentro de las ventajas que poseían los indígenas se contaba el poder tener tiempo para el cultivo de las tierras, y enajenar sus bienes raíces, entre otros efectos que confirmarían el dominio pleno y completo de los indios sobre sus tierras.⁸⁴ Las reales cédulas 1571 y 1572 eran documentos adicionales que el código de indias recogía y regulaba esta materia. Para el político del Partido Conservador, la ley de 1823 sobre propiedad indígena había establecido una continuidad con la legislación protectora colonial. En el artículo 3, se disponía que “todo lo que actualmente poseían los indígenas”, se les declaraba en perpetua y segura propiedad. La tesis de Montt era la siguiente: “No les hace, pues, una gracia ni les dispensa un favor, sino que les reconoce un derecho preexistente respetado por las leyes anteriores, y garantido en el día por la Constitución Política del Estado.”⁸⁵ El proyecto de ley de 1847 sobre repartición de tierras que el diputado debatía por entonces, debía estar acotado solamente a las tierras sobrantes, es decir, aquellos que nadie cultiva ni ocupa. Al contrario, en los terrenos que ya tienen dueño indígena, tal propiedad debía ser íntegramente respetada.⁸⁶

Pero los problemas no solo se relacionaban a la creación de un régimen de propiedad privada indígena.⁸⁷ En 1849, un informe del abogado, diputado conservador y posterior ministro Antonio Varas (1817-1886), advertía que las subdelegaciones de Arauco y Nacimiento necesitaban un régimen especial de gobierno pues los indígenas allí se encontraban exentos de las autoridades comunes del país.⁸⁸ Si bien conocen a las autoridades de la república, como los inspectores, detalla Varas, los indígenas desconocen cargas y policías que los diferenciaban del resto de los chilenos. Es más, “En su gobierno interior, su independencia es completa. Sus caciques los gobiernan sin tomar para nada en cuenta las autoridades de la República. Lo mismo se observa en las relaciones de las diversas tribus o parcialidades entre sí.”⁸⁹

Para Varas esta práctica colonial sigue en época republicana y a pesar de que los mapuche rinden homenaje a los presidentes “siempre gozando exenciones particulares, siempre con privilegios de que no participaba el resto de los habitantes”.⁹⁰ Uno de los rasgos más difíciles de

⁸⁴ Manuel Montt, “Los derechos de propiedad que tienen los indígenas”, *op. cit.*, p.153.

⁸⁵ Manuel Montt, “Los derechos de propiedad que tienen los indígenas”, *op. cit.*, p.153.

⁸⁶ Manuel Montt, “Los derechos de propiedad que tienen los indígenas”, *op. cit.*, p.155.

⁸⁷ Tema detalladamente tratado en: Martín Correa, *Historia del despojo. El origen de la propiedad particular en el territorio mapuche*, Pehuén, Santiago, 2021.

⁸⁸ Antonio Varas, “Informe sobre la Araucanía (1849)”, en Gonzalo Arenas Hödar (edit.), *Antonio Varas 1817-1886. Cartas, Documentos y Testimonios*, Instituto Respublica, Santiago, 2019, p. 164.

⁸⁹ Antonio Varas, “Informe sobre la Araucanía (1849)”, *op. cit.*, p. 165.

⁹⁰ Antonio Varas, “Informe sobre la Araucanía (1849)”, *op. cit.*, p.165.

entender entre las costumbres mapuche era el respeto a la autoridad. Como explica en su informe, una de las causas del “atraso de la civilización de los indígenas” estaba en la incomprensión de los fundamentos del derecho público republicano, esto es, la separación de poderes. Para un pueblo inculto, así Varas, la autoridad y la fuerza se presentan unidas. El poder civil separado de la fuerza, y más aún, el poder dividido en sus diversas ramas, como lo establecía la constitución, es “una abstracción con que se acomoda poco la inteligencia inculta de un salvaje”.⁹¹ Los araucanos solo muestran respeto y sumisión, según Varas, cuando una fuerza política militar se los inspira.

La necesidad de crear un régimen especial de gobierno se debía a las especiales circunstancias que se vivían en la provincia de Arauco. En este sentido, la civilización de los “infeles” era una condición para el éxito de la constitución pues: “El régimen constitucional supone un pueblo sujeto a la vida civilizada, supone la existencia de condiciones que en vano buscaríamos en Arauco. El régimen constitucional sería allí ilusorio, y la civilización de los indígenas no dará un paso”.⁹² Reformar costumbres y prácticas nativas era entonces elemental no solo para el éxito del régimen constitucional, sino también para el comercio y la propiedad privada.⁹³

Coincidía en varios puntos con Varas, el informe de Vicente Pérez Rosales (1807-1886) sobre la Provincia de Arauco de 1854.⁹⁴ Según sus datos, el territorio de Arauco sometido por los indígenas tenía menos extensión de la que se creía y la población de “indios incivilizados” era bastante menor. Como uno de los grandes ideólogos de la ocupación de la Araucanía y del proceso de colonización interna, Pérez Rosales denuncia que los araucanos no conformaban una masa compacta y belicosa movida por el amor a la patria como muchos historiadores de su época creían.⁹⁵ Si bien el informante confirma que los “indios” aún conservaban costumbres primitivas como el pillaje y la venganza, sin embargo, a su juicio, prácticamente ya no existían rasgos culturales, políticos y jurídicos del antiguo pueblo araucano.⁹⁶ Consumidos en el pillaje, bandolerismo y guerras internas, la desaparición del mundo indígena se hacía irremediable. Para completar la tarea de civilización, Pérez Rosales plantea el envío de misiones religiosas e instrucción por medio de escuelas públicas. Tal

⁹¹ Antonio Varas, “Informe sobre la Araucanía (1849)”, *op. cit.*, p.165.

⁹² Antonio Varas, “Informe sobre la Araucanía (1849)”, *op. cit.*, p. 167.

⁹³ No obstante, Varas reconoce: “El indígena tiene un grande apego a sus costumbres, mucho respeto a lo que ha sido práctica entre ellos, y está sola circunstancia es una grave dificultad.” Antonio Varas, “Informe sobre la Araucanía (1849)”, *op. cit.*, p.168.

⁹⁴ Vicente Pérez Rosales, *Memoria sobre emigración, inmigración y colonización, dedicada al Sr. D. Antonio Varas*, Imprenta de Julio Belín y Cía, Santiago, 1854.

⁹⁵ Vicente Pérez Rosales, *Memoria sobre emigración, inmigración y colonización*, *op. cit.*, p. 324.

⁹⁶ Vicente Pérez Rosales, *Memoria sobre emigración, inmigración y colonización*, *op. cit.*, p. 324

tarea era un proceso lento, no obstante, era el único camino eficaz “no para la destrucción de esta fracción interesante de nuestra población sino para su más pronta y útil asimilación a la gran familia social”.⁹⁷

Contradecía el pensamiento anterior, el análisis a la carta de 1833 que hace el jurista y catedrático de derecho constitucional José Victorino Lastarria (1817-1888) en 1856.⁹⁸ El también diputado liberal establece que uno de los problemas de dicho código político estaba en la delimitación de la frontera sur dispuesta en su artículo primero. Antes de la toma de posesión solemne del Estrecho de Magallanes en 1843, relata el constitucionalista, “podría haberse dicho que el artículo primero de la Constitución era ilusorio, i que el territorio de Chile no se extendía al sur de la provincia de Valdivia, ni aun a las tierras que en ella ocupan los Araucanos.”⁹⁹ El argumento de Lastarria venía no desde el derecho constitucional, sino desde el derecho de gentes, el cual, no reconoce la soberanía de una nación sobre los “países vacíos”, sino solo cuando los usa y los ocupa de hecho por medio de establecimientos.¹⁰⁰ El artículo primero de la constitución en comentario encontraba fundamento no solamente en la idea de que un estado tiene derecho a dominar toda “parte del territorio cuya ocupación la aprovecha y es necesaria a su seguridad”,¹⁰¹ sino también, así Lastarria, en el derecho de gentes reconocido y sancionado en la práctica de naciones europeas y americanas. Siguiendo esta norma internacional, el estado chileno debía emular a las potencias que habían ocupado el continente americano ejerciendo un dominio eminente de los territorios adyacentes. Aunque éstos estén ocupados por tribus indígenas, Lastarria menciona que “se ejerce sobre ellos una especie de supremacía” por la cual los estados resuelven las controversias que resulten sobre derechos territoriales con tales pueblos originarios. Implica también esta “supremacía” que el estado puede dar y vender el suelo en poder de tribus, no reconocer sus enajenaciones, etc.¹⁰² El título de primer ocupante quedaba entonces consagrado en el artículo primero, y le permite al estado declarar comprendidas en su territorio todas las tierras adyacentes sin que otro estado perturbe tal derecho.¹⁰³

⁹⁷ Vicente Pérez Rosales, *Memoria sobre emigración, inmigración y colonización*, op. cit., p. 326.

⁹⁸ José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, Imprenta del comercio, Valparaíso, 1856.

⁹⁹ José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, op. cit., p. 3

¹⁰⁰ José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, op. cit., p. 3.

¹⁰¹ José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, op. cit., p. 3.

¹⁰² José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, op. cit., p. 4.

¹⁰³ La presencia de este artículo, “novedad en la historia de las constituciones políticas”, se justificaba porque el estado chileno recién se incorporaba a la vida de la

Luego, el jurista liberal, rechazando la opción de federalismo, analiza el artículo 3 de la constitución de 1833 que establecía “La República de Chile es una e indivisible”. Cualquier poder municipal o local debía atenerse en relación directa al gobierno unitario, tampoco podían existir legislaciones especiales. Para Lastarria existe una sola legislación administrativa, civil y penal para todo el estado,¹⁰⁴ de modo que ninguna parte del territorio, ni ninguna provincia podía estar regida por leyes y autoridades distintas al resto de la república. Es en este punto del comentario en que el jurista liberal sostiene que los pueblos indígenas puedan gozar de exenciones, pero que no sean contraria a la unidad establecida en el artículo 3. El gran problema para Lastarria era que las leyes que regulaban a los pueblos indígenas y las colonias establecidas debían ser dadas por el poder legislativo que era, según la misma constitución, quien legislaba para todo el estado. Una autoridad distinta que legislara sobre estas materias era inconstitucional. Específicamente, el jurista refiere a la inconstitucionalidad de la ley del 2 de julio de 1852 que establecía la ya mencionada Provincia de Arauco. En esta ley efectivamente se autorizaba al presidente de la república a dictar leyes para el gobierno de las fronteras, arreglar contratos y relaciones de comercio con los indígenas. En otras palabras, la ley delegaba en el presidente la tarea de civilización.¹⁰⁵ Aún más, el presidente tenía la facultad de establecer de modo permanente el tipo de gobierno y autoridades en los territorios habitados por los indígenas, lo que conllevaba el peligro de que tales territorios formasen un gobierno especial, con una organización política distinta. Para Lastarria, todo aquello atentaba contra la unidad e indivisibilidad del Estado querida por la constitución. En este sentido, el constitucionalista sentencia que Chile tiene una sola autoridad que lo dirige y lo representa, de modo que “ en el territorio que su constitución designa no puede haber otro Estado independiente o soberano, ni otra fracción con diferente régimen político o legal.”¹⁰⁶

El análisis constitucional del abogado y diputado conservador Manuel Carrasco Albano (1834-1873) apuntaba a falencias esta vez en el ámbito de la partición política que habilitaba el moderno concepto de ciudadanía consagrado constitucionalmente.¹⁰⁷ Carrasco Albano, en un

gran sociedad de las naciones, José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, *op. cit.*, p. 4

¹⁰⁴ José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁵ Ley s/n Provincia de Arauco, 12 julio 1852. Art. 3: “Se autoriza al presidente de la República para dictar las ordenanzas que juzgue convenientes para el mejor Gobierno de las Fronteras, para la más eficaz protección de los indígenas, para promover su más pronta civilización i para arreglar los contratos i relaciones de comercio con ellos”.

¹⁰⁶ José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁷ Manuel Carrasco Albano, *Comentarios sobre la constitución política de 1833*, Imprenta y Librería del Mercurio, de S. Tornero y Ca., Santiago, 1858.

largo análisis doctrinal, cita la siguiente pregunta al criticar las restricciones al ejercicio del derecho a voto: “¿Entonces queréis, se nos dirá, llamar al roto de nuestras ciudades, al huaso de nuestros campos i aun al salvaje de nuestro territorio no civilizado al ejercicio de la más delicada atribución del ciudadano?”.¹⁰⁸ Para Carrasco Albano, la raza germana era la que debía atraerse para formar colonia e industria en Chile, y por ello critica la consagración de la religión católica como culto oficial en la constitución del 33.¹⁰⁹ Lo importante, y en consonancia con los testimonios anteriores, la colonización y la inmigración eran claves para remediar los males de la población local, pues: “Es la colonización la que vendrá a poblar y fertilizar nuestros vastos territorios desiertos, la que resolverá el problema de la reducción pacífica de nuestros indijenas”.¹¹⁰ Solo la inmigración europea traerá la ciencia, el comercio, la industria y el aprovechamiento de las riquezas, pero, además, la “que reformara los hábitos coloniales”. Para que se lleven a efecto las instituciones liberales que Carrasco promueve se necesitaba una regeneración de las costumbres, de no concretarse tal transformación, las reglas y principios de la constitución “no son más que letra muerta en nuestros códigos i fuente de abusos en su aplicación”.¹¹¹ Es más, el jurista aconseja que esta inmigración y colonización europea -de la raza nórdica- debía realizarse conjuntamente por todas las repúblicas sudamericanas unidas.¹¹²

En el mismo sentido, el naturalista francés Claudio Gay (1800-1873), en sus viajes científicos promovidos por el gobierno durante la década de 1860 al sur de Chile, indicaba como solución que la “civilización de los araucanos”, esto es, el abandono definitivo de sus hábitos y costumbres, estaba en fomentar el trabajo, la industria y el comercio: “los tres elementos de la ambición de riqueza, que a su vez es un poderoso motor para despertar las facultades y desnaturalizar los hábitos.”¹¹³ La eficacia de este método tendría su comprobación en el estado en que vivirían los “indios” al norte del Biobío en contacto con la raza de los españoles, los cuales, según el científico francés, han logrado vivir en perfecta igualdad civil y política con el resto de los chilenos, es decir, “olvidaron su lengua, sus costumbres, sus tradiciones y hasta su origen.”¹¹⁴

¹⁰⁸ Manuel Carrasco Albano, *Comentarios sobre la constitución política de 1833*, op. cit., p. 33.

¹⁰⁹ Manuel Carrasco Albano, *Comentarios sobre la constitución política de 1833*, op. cit., p. 7-8.

¹¹⁰ Manuel Carrasco Albano, *Comentarios sobre la constitución política de 1833*, op. cit., p. xxi

¹¹¹ Manuel Carrasco Albano, *Comentarios sobre la constitución política de 1833*, op. cit., p. xxi.

¹¹² Manuel Carrasco Albano, *Comentarios sobre la constitución política de 1833*, op. cit., p. xxii.

¹¹³ Claudio Gay, *Usos y Costumbres de los Araucanos*, Editorial Taurus, Santiago 2018, p. 352

¹¹⁴ Claudio Gay, *Usos y Costumbres de los Araucanos*, op. cit., p. 352.

En cuanto al derecho propiamente tal, Gay menciona que los araucanos conocen el derecho como “una manifestación de las leyes de la naturaleza fijadas por las costumbres”.¹¹⁵ Es así como el *admapu*, sentencia el científico francés, “no descansa sobre nada fijo ni determinado, y varía según las localidades y el capricho de los individuos”.¹¹⁶ Disminuidos, cultural, política y militarmente, los últimos alzamientos mapuche contra los chilenos no son sino últimos signos de energía, pues “Es del orden natural que una civilización inferior termine con el tiempo siendo absorbida por otra superior, y esta absorción pareciera estar cerca de realizarse”.¹¹⁷ No los cañones ni las armas, sino el comercio se encargará de completar esta alta misión, vaticina Gay, pues Chile “cansado está ya de no poder conseguir su entera unidad”.¹¹⁸

Uno de los juristas más importante del siglo XIX como Miguel Luís Amunategui (1828-1888), profesor de derecho civil, intelectual y político, declaraba finalmente en su intervención como parlamentario que la solución para la civilización de Arauco era expropiar los terrenos pertenecientes a indígenas.¹¹⁹ Destacando la constitucionalidad de su propuesta (art. 12, inc.5), Amunategui menciona que no existía inconveniente para que se declarasen de utilidad pública los terrenos para fundar poblaciones en Arauco cuyos dueños -indígenas o españoles- se rehusaban a vender o pretendían enajenar a un precio excesivo. Amunategui menciona que no era necesaria una ley de expropiación especial -como proponía el diputado y jurista liberal José Victorino Lastarria- pues además de la constitución, el código civil disponía de declaraciones genéricas de utilidad pública como era el caso de que todos los propietarios estaban obligados a vender los terrenos necesarios para la apertura de canales de regadío o desagüe.¹²⁰ Lo mismo, recuerda el jurista, ocurre con apertura de caminos y calles.

El problema adicional, expuesto en la cámara por los diputados Saavedra y el mencionado Varas, era que “los indígenas no consentían nunca en enajenar sus terrenos”. Los araucanos no eran capaces de entender en qué consistía una declaración de utilidad pública, menos los enunciados del código civil. El 6 de septiembre de 1864, Amunategui establecía: “La civilización de Arauco debe tener por base las poblaciones. Sin éstas no puede haber ni culto, ni instrucción, ni administración de justicia, ni organización de policía. ¿Cómo se quiere civilizar a hombres que están

¹¹⁵ Claudio Gay, *Usos y Costumbres de los Araucanos*, op. cit., p. 126.

¹¹⁶ Claudio Gay, *Usos y Costumbres de los Araucanos*, op. cit., p. 126.

¹¹⁷ Claudio Gay, *Usos y Costumbres de los Araucanos*, op. cit., p. 354.

¹¹⁸ Claudio Gay, *Usos y Costumbres de los Araucanos*, op. cit., p. 355.

¹¹⁹ Miguel Luís Amunategui, *Obras de Miguel Luís Amunategui Vol. I Discursos parlamentarios*, Imprenta Litografía, Santiago, 1906.

¹²⁰ Miguel Luís Amunategui, *Obras de Miguel Luís Amunategui*, op. cit., p. 27.

esparcidos por los campos?”¹²¹ La inmigración extranjera y chilena, focos de población mixta y un fuerte régimen de seguridad de la persona y la propiedad privada, eran las claves según su propuesta legislativa de civilización.

No obstante, el gran problema para 1864 es el hecho irrefutable de que en Arauco estaba aún vigente un derecho distinto al nacional. En una de las fuentes más categóricas, el jurista va al punto central: “La primera cuestión, que, a mi juicio, debe resolverse en el asunto que se discute, es la de determinar la condición del araucano en nuestra sociedad. ¿Los araucanos son ciudadanos chilenos? ¿Imperan nuestra Constitución i nuestras leyes en su territorio? Los hechos que todos conocemos, que nadie podría negar, responden terminante que no. ¿Qué son entonces los araucanos en la sociedad chilena?”¹²² La respuesta del jurista es clara. Según su visión se trataba de “un pueblo sometido, un pueblo que se ha obligado a respetarnos, i que nosotros nos hemos obligado a proteger”.¹²³

Como queda en evidencia, la respuesta a la pregunta qué hacer con la “cuestión de Arauco”, como la denomina el diputado liberal Benjamín Vicuña Mackenna en 1868,¹²⁴ llevó a numerosas respuestas desde la política, el derecho, y la ciencia decimonónica. La elite dirigente fue consciente de que el proceso de clausura del pluralismo jurídico – o lo que quedaba de él- solo se lograría una vez completado el proceso de ocupación militar de la Araucanía. Efectivamente, fue el proceso histórico de desposesión territorial a lo largo del último tercio del siglo XIX, pero sobre todo la ocupación militar en la década de 1880, lo que confirmó la tesis de la homogenización jurídica enunciada desde inicios de la vida republicana. La homogenización social y cultural, base de la comprensión unitaria del sistema jurídico nacional, necesitó para ello de un “consenso racial” de quienes debían conformar la nación chilena. Bien podría sustentarse que la “formación racial del estado” estaba ad-por-tas de concretarse con la anexión de territorios indígenas a la jurisdicción estatal y el inicio del proyecto colonizador de sustitución de “raza

¹²¹ Miguel Luis Amunategui, *Obras de Miguel Luis Amunategui, op. cit.*, p. 29.

¹²² Miguel Luis Amunategui, *Obras de Miguel Luis Amunategui op. cit.*, p. 43

¹²³ No era distinta la opinión de José Manuel Balmaceda, diputado liberal (1870-1873), y futuro presidente de Chile (1886-1891), en la sesión de la cámara del día 23 de agosto de 1870, al indicar que el proyecto de expropiación a gran escala del territorio indígena en la provincia de Arauco traería problemas de derecho y hecho para el presidente y la comisión de deslindes de tierras indígenas. ¿Cómo legitimar tal acto si la constitución y las leyes aseguraba la posesión no solo a los indígenas sino a los habitantes civilizados?, se pregunta Balmaceda, proponiendo crear un registro único de registro de tierras. José Manuel Balmaceda, *Discursos y escritos políticos de don José Manuel Balmaceda*, Imprenta Moderna, Santiago, 1900, p. 145.

¹²⁴ Benjamín Vicuña Mackenna, *La Conquista de Arauco Discurso pronunciado en la Cámara de Diputados*, Imprenta de Ferrocarril, Santiago, 1868, p. 1

indígena” por la “raza blanca”.¹²⁵ Tal proceso, mucho más violento, escapa a los límites de esta investigación, mas, su sustento ideológico -y jurídico- ya no vendrá solo de la misma constitución y las leyes. Como el mismo Vicuña Mackenna expone ante el congreso al aprobarse mayores contingentes militares en la frontera sur, se trataba no de una guerra de exterminio, sino una gradual, metódica y organizada guerra de conquista, “una guerra de desarme”.¹²⁶ Es el momento en que se agotan los proyectos de civilización y aparece la fuerza. No existía problema moral ni jurídico en ello, concluye Vicuña Mackenna, pues “según el derecho de jentes, la conquista de los pueblos bárbaros, ociosos i vagabundos es perfectamente legítima. Tengo aquí a la mano a Vattel i otros tratadistas que así lo afirman.”¹²⁷

V. MÁS ALLÁ DEL CONSTICIONALISMO

La narrativa compartida por algunos clásicos de la historia constitucional chilena en el siglo XX acerca del lugar de los pueblos originarios en el debate constitucional sobre nacionalidad y ciudadanía, así como las tensiones en el proceso de realización de la norma constitucional en el siglo XIX ante la agencia mapuche, debe complementarse con el tratamiento que ha hecho la historiografía jurídica tradicional sobre las costumbres jurídicas en el derecho indiano. Como se sabe, el ordenamiento jurídico nacional republicano -primero en el ámbito del derecho público y luego en el del privado- desplazó gradualmente al pluralismo consagrado en el derecho indiano,¹²⁸ el cual, bajo ciertos requisitos, reconocía algunas costumbres de los pueblos indígenas como fuente del derecho.¹²⁹

¹²⁵ Benjamín Vicuña Mackenna, *Bases del informe presentado al Supremo Gobierno sobre la inmigración extranjera por la Comisión especial, nombrada con ese objeto*, Imprenta Nacional, Chile, 1865. Salvat menciona: “Sus características culturales propias los mantuvo casi en su integridad desde las primeras noticias que hay de ellos hasta el año 1882, en que se estimó totalmente dominada la Araucanía”. Manuel Salvat Monguillot, “*Notas sobre el derecho y la justicia entre los araucanos*”, *op. cit.*, p. 268.

¹²⁶ “porque el despliegue oportuno i eficaz de esas fuerzas, hecho como va a hacerse ahora por la primera vez, puede traer acaso por resultado que el indio amilanado deponga las armas como lo ha hecho siempre en presencia del fuerte. Yo no digo, pues, que se *estermine* al indio. Al contrario, indico un medio eficaz para que no nos veamos obligados a hacerle perecer. Lo que digo i sostengo es que se le desarme, se le someta a un réjimen determinado: se le *conquiste*, en fin”. Benjamín Vicuña Mackenna, *La Conquista de Arauco*, *op. cit.*, p.13.

¹²⁷ Benjamín Vicuña Mackenna, *La Conquista de Arauco*, *op. cit.*, p.16. Fernando Pérez Godoy, “*The Co-creation of Imperial Logic in South American Legal History*”, *Journal of the History of International Law*, 21 (4), 2019, pp. 509-511.

¹²⁸ Enrique Brahm García, “*Un caso de supervivencia del derecho visigodo en el Chile republicano*”, *Revista Chilena De Historia Del Derecho*, 14, 1991, pp. 45-48.

¹²⁹ Bernardino Bravo Lira, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, Editorial Jurídica, Santiago, 1989, p. 6.

En efecto, la costumbre indígena fue confirmada por la Corona en sucesivas ocasiones ¹³⁰ coexistiendo con la ley real.¹³¹ En 1530, 1542, y 1555, esta última por Real Cédula del emperador Carlos I, aprueba “las buenas leyes y buenas costumbres, estatutos buenos y justos que han tenido para el regimiento y policía”.¹³² Tal mandato legal se recoge luego en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.¹³³ Coinciden los especialistas que las limitaciones eran más bien bajas: no atentar contra los principios de la sagrada religión y las leyes reales contenidas en la propia Recopilación.¹³⁴ Efectivamente, con menos requisitos que los que regían para la costumbre indiana,¹³⁵ sostienen Ávila Martel y Bravo Lira, para pelitos entre miembros de pueblos originarios “se reconoce plena vigencia a las costumbres indígenas, sin otra limitación que la de que no sean claramente injustas.”¹³⁶ Dougnac plantea además que, en Chile, desde 1580 con el establecimiento de los “pueblos”, se permitió juzgar según usos y costumbres siempre que no atentaren contra el mencionado derecho

¹³⁰ Para Manzano, las costumbres indígenas ocupan el mismo lugar de los fueros en la prelación peninsular. Juan Manzano Manzano, “*Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho indiano*”, Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, 18, 1967, pp. 65-71.

¹³¹ Carlos Salinas, “Un aporte sobre la costumbre indiana como fuente del derecho en Chile”, REHJ, 1986, 11, p. 167. Alfonso García-Gallo, “*Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano*”, Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, 18, 1967, p. 144. La importancia de que la costumbre prevalezca contra ley y justifique su incumplimiento es central en la comprensión del derecho y estado indiano de Mario Góngora. Mario Góngora, *El Estado en el Derecho Indiano Época de Fundación*, Ediciones UC, Santiago, 2023, pp. 331-334

¹³² Juan Carlos Silva Opazo, “*La costumbre como fuente del derecho indiano en Chile: las actas del cabildo de la ciudad de Santiago*”, REHJ, 18, 1996, pp. 369-370.

¹³³ Juan Carlos Silva Opazo, “*La costumbre como fuente del derecho indiano en Chile*”, *op. cit.* p. 370.

¹³⁴ Según las Leyes Nuevas de 1542, presidentes y oidores de las audiencias no debían llevar a cabo procesos ordinarios con los indios sino de forma ágil y “guardando sus usos y costumbres”. En 1555 tiene lugar el famoso reconocimiento de Carlos V al cacique Juan Apobazt. Alamiro Ávila y Martel, Bernardino Bravo Lira, “*Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano*”, Congreso de la Société Jean Bodin, 1984, pp. 42-43.

¹³⁵ Siguiendo como modelo las Siete Partidas, la costumbre indiana podía ser fuera de la ley, según ella o contra ella. Su validez estaba dada por cinco puntos: su antigüedad -10 años para presentes y 20 años para ausentes-, el conocimiento del príncipe, su racionalidad -la costumbre no debe apuntar a pecados, mal o absurdo-, su no contradicción con el derecho natural ni con el bien común, e introducirse sin error. Juan Carlos Silva Opazo, “*La costumbre como fuente del derecho indiano en Chile*”, *op. cit.* p. 405.

¹³⁶ Incluso en 1769, el rey dispone para el VI Concilio de Lima que se admitiera a los indígenas en los seminarios diocesanos y en ordenes sagradas. La incorporación también reconoce -según el derecho canónico indiano- el derecho consuetudinario de los indígenas siempre que no contradigan la ley real y la religión cristiana. Los distintos sínodos buscan limitar el matrimonio por raptó consentido y el matrimonio poligámico -persistente entre los mapuche, declarado costumbre contra ley y contrario al derecho natural- e imponer el monogámico. Alamiro Ávila y Martel y Bernardino Bravo Lira, “*Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano*”, *op. cit.*, pp. 49-50.

natural.¹³⁷ Los juristas indianos, por su cuenta, respaldados en las Siete Partidas, y a imitación del sistema del *ius commune*,¹³⁸ dieron cabida y entrada a todo tipo de costumbre como supletorio de la ley y privilegio.¹³⁹

Bajo el concepto de “República de Indios”,¹⁴⁰ se ha evidenciado también que los pueblos indígenas mantuvieron muchas de sus instituciones políticas como la del cacique y el cacicazgo,¹⁴¹ conformaron cabildos exclusivos con sus miembros, y pactaron con el rey condiciones jurídicas ventajosas para proteger sus costumbres -sobre todo en materia tributaria, patrimonial, sucesoria y procesal-.¹⁴² Todo bajo el techo común del derecho indiano que regulaban también de forma particular, flexible y casuista a su contraparte hispana (República de Españoles).¹⁴³ Incluso más, como prueba Mariluz Urquijo, la costumbre de los indígenas americanos, si bien es rechazada en algunos casos (las de los araucanos por ejemplo), también sirve de ejemplo para Europa. Los aborígenes de México o Perú poseían leyes loables y bondadosas -así testimoniaban José de Acosta y Bernardino de Sahagún por ejemplo-, que podían alinearse con el derecho natural y divino, e incluso, se recomendaba ser practicadas por los propios españoles.¹⁴⁴

Por lo anterior, una importante cantidad de literatura ha puesto de relieve las bondades de un derecho colonial hispano de tinte jurisdiccional, multicultural, casuista, pluralista, flexible, y elástico. Tales rasgos quedaban aún más en evidencia cuando la historiografía indiana comenzó a reconstruir las peculiaridades del Reino de Chile, y en el caso que

¹³⁷ Antonio Dougnac, *Manual de historia del derecho indiano*, op. cit., pp. 188-189.

¹³⁸ Javier Barrientos Grandón, *Historia del derecho indiano del Descubrimiento colombino a la codificación, I: Ius commune - ius proprium en las Indias Occidentales*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000, pp. 352-353.

¹³⁹ Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador: historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, p. 45.

¹⁴⁰ Para Herzog habría que hablar de repúblicas en plural, sumando además una amplia gama de estatus jurídicos en el que se mueven los indígenas y españoles en la diversidad jurisdiccional colonial. Tamar Herzog, “*Latin American Pluralism: The old and the new*”, op. cit., pp. 711-713.

¹⁴¹ Macarena Cordero Fernández, “*Caciques: legitimidad y validación institucional en Chile central colonia. Implicancias y estrategias para su continuidad*”, *Dialogo Andino*, 65, 2021, pp. 185-200.

¹⁴² Miguel Ángel González de San Segundo, “*El componente indígena del derecho indiano*”, Cuadernos de historia del derecho, 18, 2011, p. 236. Levene y Basadre, seguido por importantes historiadores españoles, habrían advertido la importancia del derecho indígena en el derecho indiano ya sea en la formación de la ley, en casos de costumbre contra ley, y en la continuidad de regímenes tributarios.

¹⁴³ Abelardo Levaggi, “*República de indios y república de españoles en los reinos de indias*”, REHJ, 23, 2001; Francisco Cuena Boy, “*Yanaconazgo y derecho romano: ¿una conjunción extravagante?*”, REHJ, 28, 2006, pp. 401-424. Javier Barrientos Grandón, *Historia del derecho indiano*, op. cit., p. 362-363.

¹⁴⁴ José Mariluz Urquijo, “*El Derecho prehispánico y el Derecho indiano como modelos del Derecho castellano*”, en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: actas y estudios (1972)*, Madrid, 1973, p. 108.

nos ocupa, de la situación particularísima de los “indios de Chile”.¹⁴⁵ Aquí la Guerra de Arauco pasa a ser un eje de análisis transversal para entender la evolución del orden jurídico colonial en la lejana Capitanía General.¹⁴⁶ Probablemente por el influjo de la propuesta metodológica de Tau Anzoátegui y de escritos pioneros de Rafael Altamira en los años 40 como referencias,¹⁴⁷ algunos artículos de especialidad buscaron fijar el lugar de las costumbres jurídicas en el sistema de fuentes del derecho indiano, así como dilucidar su vigencia real y función en el ordenamiento jurídico e institucional colonial. En un trabajo pionero y exhaustivo de archivo, concentrando el análisis en fuentes legales, históricas, doctrinales y jurisprudenciales, la historiografía jurídica dilucidó para el caso chileno las particularidades del régimen de encomienda y servicio personal, la protección jurídica y regulación del trabajo indígena (tasas), formación de pueblos y reducciones, privilegios, querellas sobre esclavitud y libertad natural, teoría de la guerra justa, etc.¹⁴⁸ En todas estas instituciones y normas especiales del régimen jurídico indiano destinadas al Reino de Chile, aparecía directa o indirectamente aludida la presencia de las costumbres indígenas.¹⁴⁹

A pesar de la importante producción sobre derecho indiano en la historiografía jurídica chilena, imposible de compendiar aquí,¹⁵⁰ es necesario mencionar que, desde el positivismo jurídico dominante desde

¹⁴⁵ Prueba de ello es el título 16 del libro VI de la Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias, 1680.

¹⁴⁶ Alvaro Jara, *Guerra y Sociedad en Chile*, Editorial Universitaria, Santiago, 1971.

¹⁴⁷ Juan I. Wilson, “*Legal History in the US and Latin America: Explaining a Methodological Divide*”, *op. cit.*, pp. 40.

¹⁴⁸ Angela Cattán, “*El derecho romano y la libertad de los indios en el nuevo mundo*”, *Revista Chilena De Historia Del Derecho*, 17, 1992, pp. 23–27. Hugo Hanisch Espíndola, “*La esclavitud de los indios en el Reino de Chile. sus fuentes jurídicas. Prácticas y tráfico esclavista*”, *Revista Chilena De Historia Del Derecho*, 14, 1991, pp. 91–125. Jimena Obregón y José Manuel Zavala, “*Abolición y persistencia de la esclavitud indígena en Chile Colonial: Estrategias esclavistas en la frontera Araucano-Mapuche*”, *Memoria Americana*, 17, 1, 2009. Eduardo Andrades Rivas, “*Notas sobre la conquista de Chile, el derecho indiano y esclavitud indígenas*”, en *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Berlín 2016)*, Dykinson, 2017, Madrid, pp. 899-917.

¹⁴⁹ Víctor Tau Anzoátegui, “*La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*”, en *Actas y Estudios del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1970, pp. 115-192. A las costumbres nacidas de las múltiples relaciones y negocios jurídicos entre los miembros de la compleja sociedad multiétnica americana y las distintas instituciones seculares y eclesiásticas coloniales, Altamira dedica un extenso estudio en base a la Recopilación de 1680. Rafael Altamira, “*Estudios sobre las fuentes del conocimiento de la historia del Derecho Indiano. La costumbre jurídica en la colonización española*”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 1949.

¹⁵⁰ Una visión conciliadora de las propuestas sociológicas, históricas y jurídicas para el estudio del derecho indiano en: Joaquín García-Huidobro y Diego Pérez Lasserre, “*De Altamira y Levene a Tau Anzoátegui (pasando por García-Gallo). Tres aproximaciones al derecho indiano*”, *REHJ*, 39, 2017, p. 210.

el siglo XX, y tal vez por la influencia de la visión dogmática jurídica de García-Gallo desde los años 50',¹⁵¹ la costumbre como fuente del derecho indiano fue de todas formas un tema de menor atención.¹⁵² Si bien se reconoce la costumbre jurídica indígena como situación de hecho, y en muchos casos influyendo en la legislación,¹⁵³ el foco principal de la “Escuela Chilena de Historia del Derecho” del siglo XX, seguidora del “gallismo”, estaba preferentemente en determinar el alejamiento o cercanía del derecho indiano castellano, sus juristas, doctrina, jurisprudencia, legislación y cultura jurídica, a la tradición romana y canónica.¹⁵⁴ Con especial atención en la recepción y proyección del *ius commune* en las Siete Partidas, el derecho castellano trasplantado en América venía finalmente a confirmar al derecho romano como manantial inagotable de soluciones jurídicas -ahora fuera de Europa- (*ratio scripta*).¹⁵⁵ Como sujeto pasivo de la historia de un derecho cuyas raíces no estaban sino en el ordo jurídico cristiano medieval, el romano-canónico y el legislado moderno, el indígena americano se hacía parte de principios, reglas e instituciones jurídicas occidentales “ingresando” a la historia del derecho e “iniciando” su vida jurídica solo al interactuar con el elemento castellano.¹⁵⁶ Así, dentro del repertorio consuetudinario indiano, el foco investigativo estaba a lo más en las costumbres desarrolladas en el seno de la sociedad multiétnica colonial y su interacción con la nueva institucionalidad creada para el gobierno espiritual y secular de la América hispana.¹⁵⁷

¹⁵¹ Thomas Duve y José Luis Egio, *Rechtsgeschichte des frühneuzeitlichen Hispanoamerika*, op. cit., pp. 30-31; Alfonso García-Gallo, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Estudios de derecho indiano, Madrid, 1987. Alfonso García-Gallo, *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 20.

¹⁵² Miguel Ángel González San Segundo, “El componente indígena del derecho indiano y la obra de Alfonso García-Gallo”, Cuadernos de Historia del Derecho, 2011, 18, pp. 236-237. El mismo autor destaca la importancia del jurista español por el estudio de los derechos indígenas. En la misma línea, Felipe Westermeyer, “Alfonso García-Gallo y Diego y su relación con la Revista chilena de historia del derecho”, Revista Chilena de Historia del Derecho, 24, 2013-2014, p. 567.

¹⁵³ José M. Mariluz Urquijo, “El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano”, op. cit., p. 102.

¹⁵⁴ Reflejo de aquello es la íntima conexión de los estudios históricos jurídicos y romanistas que da paso a la Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano. Eric Palma, “Pasado, presente y futuro de la historia del Derecho en Chile”, Forum Historiae Iuris, 2009. Sobre el quiebre de esta escuela con las ciencias sociales y humanidades, véase Juan I. Wilson, “Legal History in the US and Latin America: Explaining a Methodological Divide”, pp. 42-43.

¹⁵⁵ Francisco Javier Andrés Santos, “Especialidades testamentarias de los indios”, REHJ, 21, 1999, p. 109. Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*, op. cit., pp. 105-107.

¹⁵⁶ Bernardino Bravo Lira, “El Derecho Indiano y sus raíces europeas: Derecho común y propio de Castilla”, en Anuario de Historia del Derecho Español, 87, 1988, pp. 5-80. Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*, op. cit., p. 69-70.

¹⁵⁷ Incluso en fecha más reciente, Díaz del Río sostiene que los mapuche nunca constituyeron nación, poseían organización tribal, no conocían el respeto por la persona

Bajo estos argumentos, no extraña, por tanto, que Eyzaguirre niegue toda contribución del derecho indígena al derecho nacional chileno. Reafirmando el factor europeo cristiano de la tradición jurídica patria, sostiene en su famoso manual de 1960: “El derecho chileno no es una creación autóctona, sino la adaptación de los principios jurídicos que han regido en el mundo occidental, a cuya cultura pertenece Chile. De ahí que la Historia del Derecho chileno no sea un proceso circunscrito a los límites exclusivos del territorio nacional, sino un fenómeno que arranca sus orígenes de Europa, que se prolonga en nuestro país y adquiere aquí un desarrollo y transformación condicionados por el medio y las necesidades locales...”.¹⁵⁸ En la misma línea, y como consecuencia de una marcada mirada cristiano europea, se entiende que concluya: “El derecho indígena es de origen peruano y autóctono. Parte se conserva en la costumbre y parte es objeto de recepción en el Derecho Indiano. Su aportación resulta en conjunto ínfima”.¹⁵⁹

En 1983, el padre de la historiografía jurídica chilena, Alamiro de Ávila Martel, reafirmaba el postulado de Eyzaguirre, estableciendo: “Afirmamos simplemente: somos españoles y nuestros orígenes son los mismos que los de cualquier otro pueblo español, y, en cuanto al derecho, somos además castellanos desde que Castilla cobra existencia. Planteadas las cosas así, resultaba que nuestro pasado jurídico era el derecho español, desde la prehistoria de España hasta el siglo X, desde éste hasta la independencia el castellano y, paralelamente desde el primer asentamiento castellano en nuestro territorio, el derecho indiano con las peculiaridades propias del reino de Chile”.¹⁶⁰ Ante la pregunta *ius-historiográfica* por ¿quiénes somos?, apoyándose en las propuestas de Bascuñán Valdés, de Ávila, niega cualquier dificultad en la respuesta. La leyenda negra antiespañola y las corrientes indigenistas, tan influyentes en otras partes del continente americano, no era tema en la historiografía chilena: “El derecho indígena sin duda que existe, pero no es más que uno de los elementos y en nuestro caso, no importante, de los que informan el derecho indiano. A raíz de la independencia aparece, compuesto de tradición y novedad, el derecho patrio chileno”.¹⁶¹

humana, practicaban infanticidio, y eran antropófagos, “de tal modo que podemos decir que el derecho entre ellos surge recién bajo la corona de España”. Eduardo Díaz del Río, *Los araucanos y el derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 9. Para Andrade solo cabe hablar de “mestizaje jurídico”, derecho indígena sería solo un recurso político del indigenismo latinoamericano. Eduardo Andrade, *Textos fundamentales para el estudio de la historia del derecho*, Editorial El Jurista, Santiago, 2017, pp. 495-497.

¹⁵⁸ Jaime Eyzaguirre, *Historia del Derecho*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁹ Jaime Eyzaguirre, *Historia del Derecho*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁰ Alamiro de Ávila Martel, “La Enseñanza de la Historia del Derecho Español en la Universidad de Chile”, VI Semana de Historia del derecho Español, Madrid, 1983, p. 33

¹⁶¹ Alamiro de Ávila Martel, “La Enseñanza de la Historia del Derecho Español en la Universidad de Chile”, *op. cit.*, p. 33

Bravo Lira coincide igualmente en la escasa influencia que tienen los derechos consuetudinarios de los distintos pueblos indígenas en comparación con la influencia del derecho castellano – y por él del *ius commune*.¹⁶² A pesar de tener aplicación general, el derecho castellano gracias a su recepción del “derecho culto” es en la práctica el de “más frecuente y ordinaria vigencia”, transformándose en guía y “espejo” del derecho indiano. En este marco, los derechos indígenas son considerados como derechos personales, “aplicables a solo quienes tienen la condición de aborígenes”¹⁶³. Además, tales derechos, reconocidos expresamente y celosamente resguardados por la corona, son múltiples, y “tienen un radio de vigencia en general sumamente estrecho”.¹⁶⁴ Lo importante, no existe un derecho indígena como una categoría unitaria. Para el especialista, la unidad en el derecho -indiano- y otras formas culturales -lengua, religión- entre los pueblos americanos la forja el factor europeo. Salvo algunas instituciones como la *mita*, también estudiada por Dougnac, para Bravo Lira el derecho consuetudinario indígena concurre a la formación del derecho indiano, no obstante, este último tiene de referencia al derecho común y al derecho propio de Castilla, de modo que: “el derecho indiano no es sino una rama más de este derecho europeo”.¹⁶⁵ En esta misma línea interpretativa, tanto la literatura doctrinal indiana desarrollada en el Reino de Chile (derecho de juristas), como luego los procesos de codificación civil y política, entre otros, se fundamentaron principalmente en el modelo indiano castellano.¹⁶⁶

En fin, es conocido que los estados nacionales en sus empresas codificadoras negaron en gran parte el pluralismo jurídico colonial hispano y de paso también las costumbres de pueblos originarios precoloniales -ya desplazadas en el derecho indiano-.¹⁶⁷ Tales usos y prácticas sociales, reiteradas y uniformes en el tiempo, y a las que los miembros de la comunidad entienden como obligatorias, no fueron consideradas como fuente del derecho nacional chileno en el siglo XIX.¹⁶⁸ Tal hecho se debe en gran parte a la preponderancia y omnipotencia de la ley como principal fuente de un ordenamiento jurídico de corte republicano -revolucionario- que ve a la costumbre como pretérita, incierta, irracional, y ambigua.¹⁶⁹ Como

¹⁶² Bravo Lira, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, op. cit., pp. 6- 8.

¹⁶³ Bravo Lira, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, op. cit., p. 9.

¹⁶⁴ Bravo Lira, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, op. cit., p.10.

¹⁶⁵ Bravo Lira, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, op. cit., p.11.

¹⁶⁶ Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*, op. cit., p. 85.

¹⁶⁷ Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Athenaica, Sevilla, 2021.

¹⁶⁸ Thomas Duve y José Luis Egio, *Rechtsgeschichte des frühneuzeitlichen Hispanoamerika*, op. cit., p.178.

¹⁶⁹ “Donde la exclusión se hace más patente es en lo relativo a las costumbres indígenas que desaparecen de los códigos de países con importante población aborígen -como México y Guatemala- y quiebran la propia tradición del Derecho indiano en la materia. Esta consideración tiene aún mayor peso en autores que conciben la

señala Guzmán Brito, el derecho indígena “se conservó realmente en la medida en que los indios se mantuvieron más al margen de un proceso de asimilación por parte de los europeos”, como fuente del derecho propiamente tal, una vez completada la mestización jurídica, “simplemente desapareció”.¹⁷⁰ La unificación del sujeto jurídico tras la codificación y la supresión de los estatus personales del derecho de personas del derecho indiano completaron la tarea.¹⁷¹

Incluso, en un marco mayor de interpretación, el Estado moderno, aquel “protagonista perturbador” de la historia del derecho según Grossi,¹⁷² y la idea rupturista del “derecho como sistema”,¹⁷³ podrían ser signados también como factores en la exclusión de toda otra forma de normatividad -no legal- de las fuentes del derecho nacional contemporáneo, no solo en Europa sino también en América.¹⁷⁴ Como es conocido, si bien Andrés Bello, bajo el influjo de la obra de Savigny y del ejemplo castellano indiano,¹⁷⁵ consideraba que la ley no era la única fuente del derecho, y, más bien, su esfuerzo estuvo en que se reconociera a la costumbre como fuente autónoma de la ley (como reflejan los proyectos de Código Civil de 1840-1847),¹⁷⁶ la opinión mayoritaria de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil Chileno rechazó la idea de forma unánime.

La costumbre pasó así a “fuente sucedánea, dependiente de la aceptación expresa de la ley (no de los vacíos de la ley)”.¹⁷⁷ Tal hecho se explica, según Vergara Blanco, por el fuerte legalismo de los integrantes de la Comisión, cuya decisión pasará a ser radical en la historia jurídica chilena, y “fundamental para la conformación del pensamiento jurídico

costumbre en América ante todo como Derecho indígena y observan dicha exclusión como un intento de silenciar a todo un mundo cultural”. Víctor Tau, *El poder de la costumbre*, op. cit., p. 8.

¹⁷⁰ Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*, op. cit., p. 46.

¹⁷¹ Véase los artículos 54 al 58 del libro I De las Personas del Código Civil de la República de Chile.

¹⁷² Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 75-79.

¹⁷³ Antonio Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 173-175. Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema*, op. cit., p. 217-223.

¹⁷⁴ También, considerando macro-procesos de la historia del derecho occidental, la costumbre fue lentamente desplazada como fuente del derecho ya sea por el surgimiento y consolidación del derecho común -derecho culto- (siglos XII-XV), ya por la legislación real de las monarquías absolutas europeas; Tamar Herzog, *Una breve historia del derecho europeo*, Alianza Editorial, Madrid, 2019. Gustavo Zagrebelsky, *Historia y constitución*, op. cit., p. 32.

¹⁷⁵ Tesis contraria en Patricio Lazo, “Alejandro Guzmán y la interpretación jurídica”, *REHJ*, 44, 2022, pp. 74-75.

¹⁷⁶ Compárese tesis contraria en Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello Codificador*, op. cit., pp. 457-8.

¹⁷⁷ Alejandro Vergara Blanco, *Andrés Bello Escritos Sobre Fuentes del Derecho: Constitución, Ley, Costumbre y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2022, p. 48.

nacional”.¹⁷⁸ Como Valle Silva recientemente ha propuesto, el código también inspiró el *ethos* del estado unitario, la tendencia a la concentración del poder y la producción jurídica, así como la centralización administrativa hasta la actualidad.¹⁷⁹ La codificación afectó toda la cultura jurídica nacional, de modo que también pudo terminar condicionando la orientación monista de la historiografía jurídica chilena.¹⁸⁰ El hecho de que la costumbre quedara ignorada tras el intento abarcador y totalizante del proceso de codificación,¹⁸¹ podría explicar de paso el fuerte peso del legalismo, racionalismo, y formalismo en la historia del derecho chileno.

VI. CONCLUSIÓN

Tratando de ir más allá de un análisis descriptivo normativo y jurídico institucional, el presente trabajo ha tratado de dialogar con la dimensión cultural del derecho, especialmente del derecho constitucional contemporáneo en Chile enfrentado a la otredad indígena. Los testimonios históricos, los proyectos de ley, las descripciones de viajes científicos, pero también las opiniones doctrinales de juristas dan cuenta de que el factor raza fue una de las claves interpretativas por las cuales se puede reconstruir la historia del derecho en Chile, específicamente, la evolución constitucional del siglo XIX y su recepción en el siglo XX. La lectura racial se ve reflejada sobre todo en el debate constitucional sobre los fundamentos de la nacionalidad y ciudadanía, así como en la construcción de un tipo de identidad nacional funcional al nacionalismo jurídico y el proyecto político republicano.

Como hemos intentado mostrar con los testimonios citados antes, hay un claro convencimiento al terminar la primera mitad del siglo XIX que, primero, los pueblos originarios anteriores a la frontera del Biobío ya se habían fusionado en la matriz cultural chilena durante el régimen colonial indiano, por tanto, eran regidos por el derecho nacional que venía a sustituirlo. Segundo, y lo más importante para la investigación histórico-jurídico, un grupo no menor de “los araucanos” vivían conforme a sus costumbres y leyes en un territorio que escapaba a la jurisdicción del estado y que contaba la salvaguarda del derecho indiano y del derecho de gentes para mantener esa autonomía. En la práctica, la ocupación militar de la Araucanía vendría a sellar el proyecto de monismo jurídico chileno.

¹⁷⁸ Alejandro Vergara Blanco, *Andrés Bello Escritos Sobre Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 49.

¹⁷⁹ Jaime Valle Silva, *El Estado unitario chileno. Reconstrucción crítica de su ethos*, LOM, Santiago, 2021, p.102.

¹⁸⁰ “Es indudable que bajo el término “codificación” no debe entenderse sólo los textos de los códigos, sino el resto de la cultura jurídica -doctrina, enseñanza y jurisprudencia de los tribunales- que acompaña y enfatiza este modelo excluyente.” Alejandro Vergara Blanco, *Andrés Bello Escritos Sobre Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 49.

¹⁸¹ Ver art. 2 Código Civil de la República de Chile, 1855.

Una consecuencia más debe ser nombrada, muy probablemente la aceptación y representación de esta tesis histórica -derrota y asimilación del mapuche- contribuyó al desinterés / omisión por el estudio de los derechos indígenas. Si no existía “pugna racial”, la conquista estaba consumada, y la población originaria integrada a la matriz cultural nacional chilena, las normas consuetudinarias de tales pueblos, basadas en sus usos y prácticas inmemoriales, simplemente habían quedado en un pasado remoto superado por el -exitoso- proyecto republicano. En este sentido, el hito histórico de la ocupación viene a culminar para la historiografía conservadora el largo camino de la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico en Chile. La escritura de la historia del derecho, como hemos visto en el caso de los clásicos de la historiografía constitucional chilena del siglo XX, encuentra en tal episodio político militar la hora cero del monismo jurídico nacional. Una lectura desde el multiculturalismo, defensora del pluralismo jurídico y la agencia indígena, se contraponen actualmente a esta visión monista, y han animado el debate constituyente chileno en los últimos años.

Finalmente, estudiar tanto el proceso de homogenización jurídica en la práctica, así como su proyección ius-historiográfica, es uno de los tópicos más interesantes al mirar la evolución política constitucional chilena pues permite entender el enorme peso del monismo jurídico que dominó por más de dos siglos hasta la propuesta de plurinacionalidad y pluralismo jurídico del -rechazado- esbozo de Nueva Constitución de 2022. A la vez, permite ahondar en los consensos detrás de la tradición constitucional chilena que explican el actual “silencio y negación constitucional” con respecto a los ordenes normativos de pueblos indígenas.

Fecha de envío / Submission date: 7/11/2023

Fecha de aceptación / Acceptance date: 1/1/2024