

# ¿"En la medida de lo posible"?: La autodeterminación mapuche como un imposible jurídico

"To the extent possible"?: Mapuche self-determination as a legal impossible  
"Na medida do possível"?: A autodeterminação mapuche como impossível jurídico

Jorge Aillapán Quinteros  \*

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

---

## Resumen

En el presente ensayo, el autor cuestiona las posibilidades jurídicas reconocidas al sujeto indígena para autodeterminarse. Específicamente, y tratándose del pueblo mapuche, ello implica que la autonomía y autodeterminación territorial deviene en un imposible toda vez que, en términos individuales, el sujeto indígena es considerado un "incapaz". En términos colectivos, ocurre otro tanto, debido a la negación de su capacidad nomogenética frente al Derecho hegemónico, impidiéndole su autorregulación. En consecuencia, si bien la legislación chilena como la normativa internacional sobre derechos humanos declaran que tolerarán la autonomía y autodeterminación indígena "en la medida de lo posible", en la práctica deviene en un imposible, transformando dichas normas en meras declaraciones programáticas.

*Palabras clave:* Mapuche, indígena, autonomía, autodeterminación, vulnerabilidad.

## Abstract

In this essay, the author questions the legal possibilities recognized for the indigenous subject to achieve self-determination. Specifically, and in the case of the Mapuche people, this implies that territorial autonomy and self-determination becomes impossible because, individually, the indigenous subject is considered "incapable". In collective terms, the same thing occurs, due to the denial of its nomogenetic capacity against hegemonic Law, preventing its self-regulation. Consequently, although Chilean legislation and international human rights regulations declare that they will tolerate indigenous autonomy and self-determination "to the extent possible", in practice it becomes impossible, transforming said regulations into mere programmatic declarations.

*Keywords:* Mapuche, indian, autonomy, self-determination, vulnerability.

## Resumo

Neste ensaio, o autor questiona as possibilidades jurídicas reconhecidas aos indígenas à autodeterminação. Especificamente, e no caso do povo mapuche, isso implica que a autonomia e a autodeterminação territorial se tornam impossíveis, uma vez que, em termos individuais, o sujeito indígena é considerado um "incapaz". Em termos coletivos, o mesmo ocorre, devido à negação de sua capacidade nomogenética frente ao direito hegemônico, impedindo sua autorregulação. Consequentemente, embora a legislação chilena e o direito internacional dos direitos humanos declarem que tolerarão a autonomia e a autodeterminação indígenas "na medida do possível", na prática isso se torna impossível, transformando essas normas em meras declarações programáticas.

*Palavras chave:* Mapuche, indígena, autonomia, autodeterminação, vulnerabilidade.

DOI: 10.5281/zenodo.8194062

---

\*Contacto: abogado@aillapan.cl Doctor en Derecho. Se ha desempeñado como asesor, en materias indígenas, durante el proceso constituyente impulsado por la ex presidenta Michelle Bachelet (2016), y en la ex Convención Constitucional (2021-2022). Actualmente, su línea de litigación e investigación es la desposesión territorial -tanto campesina como mapuche- y el reconocimiento jurisprudencial del denominado 'título indígena'.

## 1. INTRODUCCIÓN

En Argentina, la cuestión territorial mapuche ha transitado –en pocos meses– desde el optimismo y esperanza, hacia el descrédito y desazón. En efecto, hacia principios del 2022 sorpresa generó una sentencia judicial en la que se reconoció el despojo y la desposesión territorial sufrida por una comunidad, en la zona de Bariloche.<sup>1</sup> En contraste, en abril de 2023, la Cámara de Diputados de Mendoza ha declarado al mapuche como “un pueblo originario no argentino”, con el objetivo de impedirle alegar preexistencia y reclamar posesión ancestral sobre sus territorios usurpados.<sup>2</sup>

En Chile –y a diferencia del vecino país–, no existe jurisprudencia que reconozca el despojo y la desposesión territorial. Se intentó que esto quedara a nivel constitucional, en el borrador del año 2022,<sup>3</sup> sin embargo resultó ser una de las normas más rechazadas por quienes se movilizaron contra la aprobación de una nueva Constitución Política. Por el contrario, en lo que sí compartimos experiencia con Argentina, es precisamente en la negación de la demanda territorial. De hecho, lo que ocurre en la discusión constitucional actual no es más que la continuidad del histórico negacionismo contra de la posesión ancestral sobre estos territorios, inclusive, alegando la “extranjería” del mapuche.<sup>4</sup>

Desde mediados del siglo pasado que se viene haciendo hincapié en que el término “indio” o “indígena” no denota ningún contenido específico de los grupos que abarca, sino que se trata de una categoría social diseñada para caracterizar la particular relación de éstos con otros sectores del sistema social global del que forman parte. Explícitamente, “denota la condición de colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial” (Bonfill Batalla 1972 110), aunque no reducida solamente al período clásicamente conocido como tal, sino que incluyendo el “colonialismo interno” (Dussel 1994 7-8) que caracteriza a las sociedades latinoamericanas contemporáneas y, en donde, el Estado –monista o pluralista, en términos nacionales– reclama dominio y/o paternidad sobre “sus” indios. En este contexto, la legislación sobre pueblos indígenas –y sus políticas derivadas– buscaría empoderar a estos pueblos aunque podemos comprobar que, en la práctica, ello no ocurre pues apenas sirve para socorrer y regular indiferenciadamente las condiciones de vida de aquellos. El mismo Stavenhagen reconocía que los pueblos indígenas, históricamente, han tenido que confiar en acciones paternalistas de los gobiernos para enderezar entuertos o para obtener financiamiento que pudiera mejorar sus condiciones de vida, incluso si estas políticas fuesen abiertamente asimilacionistas, tal como ocurrió con la primera legislación internacional en la materia (Stavenhagen 1989 41-42). Y si bien, hoy se suele destacar el abandono de dicha perspectiva asimilacionista, el trato paternalista hacia los pueblos indígenas persiste, entorpeciendo el debido ejercicio de su autonomía y su derecho a la autodeterminación.

Entonces, y teniendo en consideración lo anterior, con el presente ensayo pretendo motivar la reflexión en aras de una debida contextualización jurídica de la autonomía y autodeterminación mapuche en Chile y la clarificación de algunos conceptos que naufragan en el inmenso mar de las Ciencias Sociales. En específico, propongo reconsiderar aquel dogma en cuya virtud la autodeterminación indígena será tolerada solo “*en la medida de lo posible*” (art. 7.1 Convenio N° 169 OIT 1989). Evidentemente, por las características del texto, no vengo en aportar ni una

<sup>1</sup>Nos referimos a la comunidad “Ranquehue”, al oeste de Bariloche. Cfr. <https://www.rionegro.com.ar/politica/region/la-justicia-federal-ordeno-al-gobierno-nacional-entregar-el-titulo-de-propiEDAD-a-una-comunidad-mapuche-en-bariloche-2143426/>, visto el 18 de mayo de 2023, a las 16:35 horas de Chile continental.

<sup>2</sup>Sobre la noticia y contexto, cfr. <https://www.pagina12.com.ar/536070-mendoza-el-gobernador-suarez-quiere-avanzar-con-su-ley-antim/>, visto el 10 de abril de 2023, a las 10:35 horas de Chile continental.

<sup>3</sup>No obstante lo parsimonioso de su redacción final. Señalaba el art. 79 del borrador constitucional de 2022: “1. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos. 2. La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución. 3. La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general. 4. Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva”.

<sup>4</sup>Como postuló, hacia principios del siglo XX, el arqueólogo Ricardo E. Latcham, para quien el pueblo mapuche habría migrado desde Argentina hacia Chile.

metodología original ni unos resultados investigativos exhaustivos, sino solo a abrir espacios de discusión, mediante la proposición de una hipótesis vinculada a la pretendida capacidad nomogenética de nuestro pueblo, reivindicación que constituye un denominador común en el discurso político e intelectualidad mapuche de las últimas tres décadas. En efecto, mi hipótesis –acaso la más básica y general, en este ámbito–, dice relación con la posibilidad de poner en práctica la nomogénesis mapuche y autodeterminarse políticamente dentro de los márgenes de la actual y futura estructura constitucional chilena en ciernes. No es que el argumento de la ruptura, independencia política o secesión territorial se encuentren ya superados o descartados, no. Sin embargo, la *realpolitik* nos obliga<sup>5</sup> a guiarnos dentro un marco jurídico y político sumamente parsimonioso que comprende fundamentalmente a la ley N° 19.253 y sus políticas indígenas derivadas. Y el panorama es aun más desalentador porque los mismísimos antecedentes internacionales, provenientes del ámbito de los derechos humanos, confirman que la autodeterminación de los pueblos indígenas será tolerada solo “*en la medida de lo posible*”, por ello que no sorprenda que la nomogénesis de éstos sea constantemente soslayada o derechamente negada por el Derecho hegemónico, ora nacional, ora internacional.

Para el caso Mapuche, se ha constatado ya la dicotomía entre aquellas reivindicaciones de tipo “cultural” versus las “políticas” o “nacionalitarias” (Marimán Quemenado 2012 24-25). Frente a este panorama, una opción sería considerar que los avances en el reconocimiento y promoción de la lengua mapuche, la medicina tradicional o el día de los pueblos indígenas, constituyen expresiones suficientes o –en el mejor de los casos– iniciales “*de lo posible*”, esto es, estados previos para un futuro reconocimiento de la autonomía, autogobierno y control territorial indígena (Papadópolo 1995 64). Al contrario, la hipótesis que hoy ofrezco plantea que la frontera “*de lo posible*” no alcanza jamás a envolver lo político, sino que solo cubre aquellas expresiones de tipo “folklóricas” o “culturales” que caracterizan a los indígenas; expresiones que no implican autodeterminación, sino simple autogestión reconocida a éstos en cuanto colectivos o “grupos intermedios” chilenos (Sierra 2003 24). ¿Por qué?, desde luego porque tras la conquista e invención de América la guerra aniquiló las posibilidades de autodeterminación y capacidad nomogenética de los pueblos indígenas colonizados, debiendo someterse en adelante a la normativa dictada por el imperio español. Y cuando el argumento de la fuerza se hizo insostenible, la piedad y la razón ilustrada dictaron que los indios eran amentes e incapaces de autodeterminarse, por eso la necesidad de dotarlos de tutelaje y patronato, cuidando de ellos tal como se hacía con los niños y, en general, con las personas que no pueden valerse por sí mismas. Lo curioso –o preocupante, más bien– es que esta dialéctica con los pueblos indígenas continúa invariable; claro, ahora bajo nuevos y sofisticados argumentos que dan sustento a las políticas indigenistas contemporáneas, manteniendo el control del destino y vida de aquellos (González Galván 1993 71). La nomenclatura ha cambiado; ya no se habla de bárbaros, sino de “grupos vulnerables”, es decir, seres humanos que poseen una historia, folklore y cultura de incalculable valor y funcionalidad en la formación de las naciones, pero que lamentablemente siguen siendo incapaces de autodeterminarse y alcanzar, por sí mismos, los estándares de desarrollo político, económico y jurídico fijados por el imperialismo occidental contemporáneo, de ahí que necesiten de interlocutores, intermediarios o representantes entre ellos y las élites criollas latinoamericanas para insertarse en la comunidad nacional.

Para la exposición de mis argumentos, he dividido este ensayo en dos secciones, más una conclusión. En la primera sección –“El derecho a la autodeterminación”– realizo un breve recuento de los orígenes del reclamo y reconocimiento del derecho a la autonomía y autodeterminación indígena, en el ámbito de la legislación internacional, para luego enumerar y caracterizar los elementos básicos que los propios mapuche han ido definiendo, en los últimos años, incluida las normas propuestas en el borrador constitucional del año 2022. En la segunda sección –“De la capacidad nomogenética del pueblo mapuche”– desarrollo en particular la cuestión de la nomogénesis, en cuanto comprensiva de tópicos que la teoría política y jurídica tradicional vinculan con la soberanía, jurisdicción e imperio de la ley, analizando críticamente el alcance que la dogmática le reconoce a dicha capacidad. Al final, planteo ciertas conclusiones pertinentes a lo esbozado en mi ensayo.

---

<sup>5</sup>Más aún después del rechazo a la propuesta constitucional del año 2022.

## 2. ATONOMÍA Y AUTODETERMINACIÓN EN CLAVE JURÍDICA

### i. Autonomía individual

La disputa por la reconstrucción del derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas se viene librando en una dimensión distinta a la de otros pueblos considerados “no indígenas”. En efecto, para los primeros el escenario ha sido el Derecho internacional de los derechos humanos, antecedente crucial a la hora de evaluar los fundamentos que justifiquen el anhelo por una autodeterminación política y colectiva del pueblo Mapuche. Y resulta crucial pues dicha superestructura jurídica o marco está determinado por el binomio autonomía-paternalismo, extremos definidos desde antaño por el pensamiento moderno, no obstante que hoy existan sendas críticas a esa herencia conceptual, específicamente por la inevitable condición de incapaz jurídico que históricamente se ha atribuido al indígena; al menos en Chile (Claro Solar 1992 47).

Se ha dicho que el derecho a la autodeterminación de los pueblos no es más que la proyección colectiva de la autonomía individual (Calogeropoulos-Stratis 1973 15). Quizás, por eso que, en el lenguaje jurídico actual, la colectivización de ciertas prerrogativas individuales haya llevado a rebautizar el derecho a la vida privada como “autodeterminación informativa”, por indicar un ejemplo. No obstante, lo que trasciende son las diferencias conceptuales entre el comportamiento individual versus la voluntad colectiva, develando la disputa práctica y teórica respecto a la función de los derechos “individuales” –vinculados a la tradición política liberal– versus los derechos “colectivos”, –innovación propia del socialismo (Atria 2004 39)–. En el caso mapuche, por ejemplo, ello ocurre cuando algún comunero pretende enajenar sus tierras contrariando tanto la voluntad comunitaria y la ley N° 19.253 (Martínez Cid 2012 72). Ahora bien, es un despropósito hacerse cargo aquí de tal disputa, pero valga la pena recordar que la protección promovida por el Derecho internacional hacia las denominadas “minorías” puso en alerta durante el siglo XX a muchos Estados que vieron amenazada su soberanía estatal precisamente por los procesos autodeterministas, no obstante que, en definitiva, dichas aspiraciones resultaran satisfechas de manera disímil para los pueblos indígenas. Sin ir más lejos, la conyuntura chilena es prueba viviente de aquello, a propósito del encarnizado rechazo que generó la idea de plurinacionalidad recogida en el proyecto constitucional del año 2022<sup>6</sup>

### ii. Autonomía y autodeterminación en pueblos “no indígenas”

El derecho a la libre determinación de los pueblos es considerado un derecho humano base o fuente, de cuyo reconocimiento depende el goce efectivo de otros tantos derechos, como la libertad o la vida misma. Así se ha manifestado en diferentes resoluciones e interpretaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, considerando que tal prerrogativa –en tanto derecho colectivo– involucra no solo cuestiones jurídicas, sino también políticas, económicas, sociales y culturales (Mendoza Antunez 2013 14-15).

La autodeterminación se entiende como un principio democrático en cuya virtud toda comunidad humana puede gobernarse a sí misma, sin injerencias exteriores. Con influencia o como evolución del “principio de las nacionalidades” (De Obieta Chalbaud 1993 31), su positivización en el Derecho Internacional Público tuvo lugar con ocasión de los procesos de descolonización que se siguieron tras la Segunda Guerra Mundial. Sin ir más lejos, hay quienes denominan al sistema de normas que reconoce la autodeterminación como la “Carta Magna de la descolonización” (Martínez 2007 327), integrada por la Carta ONU de 1945 (art. 1.2 y 55), la “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 1), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 1), la “Declaración relativa a los principios de Derecho

---

<sup>6</sup>Al respecto, por ejemplo, véase: <https://www.ex-ante.cl/jose-rodriguez-elizondo-evo-morales-usa-la-plurinacionalidad-como-factor-estrategico-para-conseguir-mar-para-bolivia/>, visto el 3 de marzo de 2023, a las 12:20 horas de Chile continental.

internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados" de 1970 (preámbulo) y, también, la "Declaración y programa de acción de Viena" de 1993 (apartado I. 2), en cuanto considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos, de manera que los pueblos cuentan siempre con la posibilidad de adoptar cualquier medida legítima encaminada a realizar aquel. Eso sí, siempre de conformidad con la Carta ONU y en pleno respeto de la integridad territorial de los Estados.

### iii. Autonomía y autodeterminación en pueblos indígenas

Resulta un lugar común afirmar que la necesidad de los pueblos indígenas por autodeterminarse surge como respuesta a un histórico estado de incomodidad, opresión, discriminación y racismo experimentado al interior de los Estados. En el ámbito estrictamente jurídico, se ha intentado explicar el derecho a la autodeterminación indígena como el reconocimiento que los Estados realizan de aquellas prácticas y tradiciones colectivas que conserven la identidad de cada pueblo, manifestada en las más diversas formas: libre disposición de los territorios y recursos naturales; autodefinition en el desarrollo económico y cultural; elección de representantes ante el gobierno central e, incluso, la generación y aplicación de un sistema jurídico y una organización política propia.

Tras un largo periplo, este derecho a la autodeterminación indígena fue finalmente perfilado y recogido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales hacia fines del siglo XX. Sin embargo, su alcance no es el mismo que para el resto de los pueblos "no indígenas". He ahí precisamente la causa de uno de los principales errores cometidos por quienes, pretendiendo autodeterminación para los primeros, homologan ambas instituciones desde que soslayan que el núcleo de este último derecho es sumamente reducido. No solo porque prohíbe la secesión territorial o porque fue elaborado para responder estrictamente al fenómeno de la descolonización (Pérez Villar 1997 474), sino fundamentalmente porque obliga a los indígenas a adecuar su ejercicio considerando las directrices del "multiculturalismo liberal" (Kymlicka 2013 99-126), concretamente en lo referido los estándares de desarrollo productivo y, además, respecto a la epistemología que sustenta el actual imperialismo de los derechos humanos, epistemología cristiano-occidental que limita seriamente la expresividad de los pueblos indígenas, cuestión recogida en la discusión constituyente chilena del presente año 2023.

Según la Declaración de San José sobre Etnocidio y el Etnodesarrollo de 1981, la autodeterminación correspondía a (N° 3):

la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que se considere, e implica una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es unidad político administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión.

En esa época, esta definición marcaba el tránsito de la autodeterminación indígena desde el "desarrollo endógeno" hacia el "etnodesarrollo". Sin ir más lejos, hay quienes hacían de este último un sinónimo de aquella (Papadópolo 1995 63). Llama la atención además que, en esos años, se reconociera a los pueblos indígenas como una "unidad político administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo", sin embargo los expertos se apuraban en clarificaban que el etnodesarrollo no implicaba validar ni la autarquía ni el aislamiento,<sup>7</sup> mucho menos, la secesión territorial o separatismo del Estado al cual pertenecía el pueblo indígena, pues el objetivo político del

<sup>7</sup>Huelga concordar, en esta parte, que la Declaración OEA del año 2016, en su art. XXVI señala: "Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial. 1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial,

etnodesarrollo no era subvertir los procesos de construcción nacional, sino redefinir dicha construcción hacia lo que hoy conocemos como “sociedades multiculturales” (Polo 2018 512).

En la actualidad, el reconocimiento que existe hacia la autodeterminación de los pueblos indígenas es sumamente limitada y se manifiesta en los siguientes aspectos:

**Pluralismo jurídico “subordinado”** Una de las primeras alarmas generadas durante la discusión constitucional del periodo 2020-2022, fue el reconocimiento del pluralismo jurídico,<sup>8</sup> norma a partir de la cual se comenzó a construir el argumento de que los pueblos indígenas serían grupos “privilegiados”, al tener justicia propia.<sup>9</sup> No obstante esa lectura reaccionaria y racista, lo cierto es que el Derecho propio –o costumbre indígena– desde siempre ha sido reconocida por el Derecho hegemónico impuesto tras la invasión a estos territorios. En la actualidad, la legislación internacional continúa reconociendo expresamente la nomogénesis o Derecho propio a los pueblos indígenas,<sup>10</sup> aunque ello no deba interpretarse en clave de igualdad, ni menos de ser guiada por la normativa que rige a Estados soberanos pues el Derecho propio indígena está subordinado a la legislación hegemónica (Walsh 2009 172). Peor incluso, pues no es considerado un “Derecho” propiamente tal, al no satisfacer los estándares de científicidad alcanzados por la epistemología occidental. A la luz de los cánones científicos occidentales, el Derecho propio indígena no es más que arbitrariedad, barbarie, “justicia del Cadi” (Weber 1996 732). Entonces, cuando se dice que la vigencia de este Derecho da origen al fenómeno del “pluralismo jurídico”, ello solo implica el reconocimiento que el Estado brinda a la costumbre indígena de tipo jurídico (Yrigoyen Fajardo 2004 171-195). En el caso chileno, como dicho reconocimiento y validez dependerá de la aprobación del legislador, la autodeterminación y nomogénesis mapuche están condicionadas por dicha voluntad la cual, en los hechos, solo aprueba aquellas “buenas costumbres” que resulten útiles para resolver problemas de tipo domésticos o rurales y, además, con un claro enfoque “esencialista” respecto a la persona que puede invocar dicha costumbre. Por ello, si se quiere hablar de “pluralismo jurídico”, habrá que considerar que éste –en todo momento– se encuentra subordinado al Derecho hegemónico.

**Los derechos humanos son fuente y límite de los derechos de los indígenas** . Como he señalado anteriormente (Aillapán Quinteros 2015), el sistema internacional de derechos humanos constituye la fuente y, a la vez, límite para la promoción, validez y ejercicio de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Resulta paradójico –y hasta políticamente incorrecto decirlo–, pero éstos han devenido en un escollo para la autodeterminación desde que la cosmovisión, cosmología, cosmogonía, prácticas, tradiciones y costumbres indígenas históricamente han sido consideradas como “bárbaras” o, cuando menos, cortapisas para el avance y consolidación de la civilización cristiano-occidental, cuyo estándar ético y político contemporáneo es precisamente el sistema internacional de los derechos humanos. Esta limitación está positivada en el Convenio N° 169 OIT (preámbulo, arts. 8.1 y 9.2), en la Declaración ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 (art. 34 y 46 N° 2 y 3), y más recientemente en la Declaración OEA sobre derechos de los pueblos indígenas de 2016 (preámbulo, y arts. V, XXXV y XXXVI).

tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas. 2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva”.

<sup>8</sup>Así, por ejemplo, el art. 322 del borrador constitucional, del año 2022, señalaba: “1. La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad. 2. Cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, los protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte”.

<sup>9</sup>Al respecto, véase mi opinión en: <https://radio.uchile.cl/2022/03/07/jorge-aillapan-por-pluralismo-juridico-la-implementacion-de-los-sistemas-de-justicia-indigena-conlleva-una-inversion-inmensa/0/>, visto el 15 de abril de 2023, a las 18:30 horas de Chile continental.

<sup>10</sup>Así, en el Convenio N° 169 OIT (art. 8.1); la Declaración ONU de 2007 reconoce las “leyes” propias indígenas en diversos artículos; y la Declaración OEA de 2016 (art. XXII: “Derecho y jurisdicción indígena”).

**Fomento del neoliberalismo** . Otra nota que advierte el limitado alcance otorgado al derecho a la autodeterminación indígena es el estándar de desarrollo económico que se fomenta, espera –y prácticamente se impone– a estos pueblos. La historia da cuenta que, durante el siglo XX, la preocupación por la situación de los indígenas surgió a propósito de la constatación de los niveles de pobreza de éstos y las escasas posibilidades de alcanzar los estándares mínimos de desarrollo fijados por el capitalismo global, estando permanentemente amenazados por el “etnocidio económico” (Stavenhagen 1988 69). En la actualidad dichas exigencias se han morigerado, no obstante el neoliberalismo igualmente campea (Boccaro Bolados 2010 651-690). En el plano interno, por ejemplo, no se fomenta necesariamente un desarrollo autónomo y con pertinencia de los pueblos indígenas ya que las políticas y financiamiento público apuntan hacia aquellos proyectos que estén en sintonía con las directrices del mercado. Los apoyos económicos se destinan a actividades que muestren pertinencia cultural, pero en la medida que resulten productivas, rentables y sustentables según los estándares económicos internacionales. Paradigmática, al respecto, resultan dos sentencias dadas por la Corte Suprema, el reciente año, y en donde si bien relevó el “valor cultural” de las tierras indígenas, inmediatamente condicionó dicho valor a la constatación de atavismos en la costumbre mapuche contemporánea. Así, el máximo tribunal decidió:

Que, aplicando las directrices mencionadas al conflicto de marras, aparece que don Rufino Queupumil Burgos no ha logrado acreditar que el inmueble expropiado fuese destinado a actividades de significación cultural o religiosa, ni al desarrollo de actividades económicas tradicionales. A ello se agrega que, si bien el actor probó integrar la Comunidad Mapuche ‘Colimilla Burgos’, los testigos presentados por el propio reclamante dieron cuenta que se trata de una familia ‘dispersa’ que ‘perdió el vínculo de comunidad familiar’. Finalmente, la prueba técnica rendida en juicio concluye que la estructura o edificación incluida en la indemnización provisional no era utilizada como vivienda.<sup>11</sup>

**Autonomía interna, local y rural** . Salvo excepciones (Anaya 2005 150-162), por regla general se ha descartado de plano la posibilidad de secesión territorial o autonomía externa para los pueblos indígenas (Gros Espiell 1979 2). Pero incluso así, aquellos Estados que reconocen el ejercicio de autodeterminación política a los pueblos indígenas lo permiten solo para cuestiones menores como, por ejemplo, organización vecinal o comunitaria, y otras relacionadas con administración de justicia en casos puntuales y bajo la condición de que esta administración no trascienda o afecte la seguridad nacional. En el caso chileno, ni siquiera esto último existe pues la autodeterminación reconocida a los indígenas no se concibe en el sentido que ahora le damos, sino como mera autogestión cultural y económica –de aquella que reconocida constitucionalmente a los “grupos intermedios” (art. 1 inc. III CPR)–, aunque corregida con las beneficios que otorgan las políticas de reconocimiento y reparación.<sup>12</sup>En consecuencia, la administración de justicia que atente contra la moral o las buenas costumbres será proscrita. De igual forma, cualquier control territorial al margen del ordenamiento jurídico chileno solo podrá ser considerado un control “autonómico” de facto y, por ende, antijurídico.

**Autodeterminación, pero solo “en la medida de lo posible”** . El Convenio N° 169 OIT vino a reconocer de manera célebre –pero pusilánime, a la vez– el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (art. 7.1):

los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o

<sup>11</sup>Sentencia dictada el 15 de marzo de 2022, en causa rol N° Rol N° 139.750-2020.

<sup>12</sup>El borrador de Constitución de 2022 recogía, en su articulado, a las “autonomías territoriales indígenas”. Evidentemente, dichas normas no fueron aprobadas.

utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (el subrayado es mío).

Por una parte, esta “medida” implica que el universo ético, político y jurídico en el cual los comportamientos indígenas resultarán válidos está configurado únicamente en base a valores y principios consagrados por una epistemología que a sí misma se considera universal y suficiente, de guisa que cualquier comportamiento que desconozca o atente contra dicha epistemología –occidental y cristiana– será considerado a priori cavernario, bárbaro, terrorista y obviamente contrario al sistema universal de los derechos humanos (Douzinas 2006 331). En la práctica, esta “medida” se refleja en la aplicación de la Consulta Indígena regida por el Convenio N° 169 OIT, a propósito del control autónomo que los pueblos tienen sobre su desarrollo económico, social y cultural. Según este Convenio es obligación para los Estados oír y considerar la opinión de los indígenas antes de aplicar políticas, planes, programas o derechamente autorizar la instalación de industrias extractivas en sus territorios, sin embargo, esta opinión es meramente consultiva, es decir, que para los pueblos indígenas nunca ha habido chance de decir simplemente: no, ¡fuera de mi territorio! (Stavenhagen 1989 47-49).

#### iv. La autodeterminación Mapuche: elementos y características

Para el caso Mapuche, no hay pleno acuerdo respecto al “día cero” de la autodeterminación colectiva. Tampoco en cuanto a su definición (Marimán Quemenado 2012 21-22). A mi juicio, una de las pocas –y más claras– definiciones es la siguiente: “la autonomía representa una aspiración por recuperar nuestra ‘soberanía suspendida’ con la invasión y conquista de los Estados chileno y argentino; ésta es una forma de gobierno, una manera de ejercer una administración propia en nuestros territorios. La autonomía o autodeterminación es un instrumento jurídico-político para generar gobierno, por lo que debe poseer: a) un territorio; b) una población; c) instrumentos jurídicos y d) un aparato burocrático” (Caniuqueo Huircapán, Levil Chicahual, Marimán Quemenado, Millalén Paillal, 2006 253).

Atendiendo a esta última definición podemos identificar tres elementos que resultan esenciales y constitutivos para la autodeterminación mapuche. Concretamente, territorio, población y capacidad para generar normas jurídicas. Veamos:

**Territorio** . Evidentemente la cuestión territorial resulta crucial pues inmediatamente perfila el reclamo, distinguiendo la simple autonomía de un grupo intermedio -un partido político, una empresa, una junta de vecinos, etcétera- de aquella autodeterminación pretendida por el pueblo Mapuche. Y aunque ahora no abordaremos la cuestión territorial, siempre es necesario recordar al lector que este reclamo no solo trata de la devolución de más o menos hectáreas (Marimán Quemenado 2017 141-144), sino que involucra la definición de diversas cuestiones básicas y otras más complejas, como la diferencia entre “tierra” y “territorio”, la relación entre autonomía territorial y descentralización o regionalización e, incluso, la restricción para enajenar tierras consideradas “indígenas”.

Incluso la georeferenciación de la autodeterminación mapuche no resulta un tema pacífico. Al margen de la inclusión de las autonomías territoriales indígenas, en el borrador constitucional del año 2022,<sup>13</sup> la propuesta más concreta y lograda está contenida en los resultados de la Comisión de Descentralización del año 2014, instancia en la que se propuso transformar la IX región de la Araucanía en una región plurinacional.<sup>14</sup> Y aunque objeto de críticas (Pairicán 2016 41), esta

---

<sup>13</sup>Artículos 234 y siguientes.

<sup>14</sup>Dentro del nuevo “marco constitucional y político” para la descentralización, la Comisión Asesora Presidencial propuso: “declarar región plurinacional y multicultural a la región actualmente denominada ‘de La Araucanía’, incorporándola en el

propuesta destaca precisamente por su concreción, no obstante dejar en suspenso y pendientes de resolución otras cuestiones como la coordinación del reclamo autonómico con los mapuche que viven en Puelmapu o Argentina y, más urgentemente, la situación de la diáspora mapuche, máxime si se considera que cerca del 80% de la población mapuche nace, vive y muere en Santiago de Chile (Antileo 2013 197).

**Población** . En estrecha relación con el punto anterior se encuentra la disputa por definir el elemento personal, al titular del derecho a la autodeterminación: ¿qué es un pueblo indígena?; ¿cuál es la "nación" mapuche?; ¿cuáles son los requisitos para ser considerado un "ciudadano" mapuche? Por la extensión del presente ensayo, tampoco abordaremos esta temática pues resulta un aspecto sumamente conflictivo de definir, tanto en la teoría como en la práctica. Aun así, en cuanto a la reconstrucción nacionalitaria indígena podemos señalar que ésta se nutre de antecedentes pasados y recientes. Baste recordar, por ejemplo, que el "Consejo Mundial de Pueblos Indígenas" solicitó expresamente a la ONU, hacia principios de la década de 1980, reconocer a los indígenas como naciones distintas al interior de un Estado, las "primeras naciones" (Stavenhagen 1989 60). En la actualidad, la evolución de dicha reivindicación ha mutado no solo hacia la "plurinacionalidad" (Aylwin & Marimán 2017) dentro de un Estado sino que, incluso, hacia la "multinacionalidad", innovadora prerrogativa recogida en el art. VIII de la Declaración OEA (2016):

Derecho a pertenecer a pueblos indígenas. Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

En Chile, el reclamo "etno-nacionalitario" mapuche y, en general, la determinación de la "ciudadanía" indígena siguen planteando una serie de desafíos jurídicos y políticos, máxime la reciente discusión constitucional del año 2022. Previamente, el aumento censal de esta población –vía autoidentificación– venía despertando numerosas críticas y sospechas (Fernández, Peralta, Sánchez 2018), particularmente entre quienes ven con preocupación la "indigenización" de la sociedad chilena, a pesar de que desde finales del siglo pasado se haya consensuando respecto a que la autoidentificación es un derecho y área privativa para los indígenas (Martínez Cobo 1987 30). A su vez –y debido probablemente a la actividad desplegada en sectores rurales por parte de activistas políticos pro mapuche–, se ha terminado influenciado a algunos líderes y dirigentes para defender un "esencialismo" el cual implica la exclusión del colectivo de aquellos mapuche que, tras la diáspora, emigraron de sus comunidades originales para devenir parte de la economía moderna urbano-industrial instalada en Santiago y otras ciudades, dilema no menor si se pretende reconstruir una demanda nacionalitaria ampliada y con miras al futuro (Marimán Quemenado 2017 81-83).

Por último, no debemos olvidar aquí la disputa teórica respecto a si el Mapuche es técnicamente un "pueblo". En este punto, las Ciencias Sociales tradicionalmente se han visto influenciadas por una cuota de idealismo a la hora de definir a los indígenas, designándolos indistintamente como "tribus", "poblaciones", "etnias" o "minorías étnicas", siempre atendiendo al grado de conservación de algunos caracteres culturales –la lengua, normalmente–, pero incluso ciertos rasgos fenotípicos pues, como se ha afirmado, "una persona, salvo simbólicamente no puede adquirir ni abandonar libremente su condición étnica" (Martínez 2007 350). Eso sí, llevada al plano jurídico, esta

artículo 126 bis de la Constitución y habilitándola así también, para establecer su propio estatuto". Este informe está disponible en internet: <https://prensa.presidencia.cl/lfi-content/otras/informes-comisiones/InformeDescentralizacion.pdf>, visto el 5 de noviembre de 2022 a las 12:15 horas de Chile continental. Anteriormente, también, el partido "Wallmapuwen" incluyó dentro de sus bases programáticas (2006) lograr -en el marco de un Estado plurinacional, plurilingüístico y descentralizado en Chile- un estatuto de autonomía para la Región de La Araucanía más algunas comunas adyacentes de las regiones del Bío Bío y de los Ríos, la que debería tomar el nombre de Wallmapu -en castellano "Territorio circundante"-, es decir, el área tradicional de asentamiento mapuche durante los siglos XIX y XX. Esta información está disponible on-line en <https://wallmapuwen.cl/quienes-somos/>, visto el 5 de noviembre de 2022 a las 12:30 horas de Chile continental.

polisemia se reduce a lo siguiente: ante el Derecho Internacional los indígenas no poseen el estatus de “pueblo”, de ahí que no estén habilitados para subvertir la unidad territorial del país al cual pertenecen ni reclamar la intervención de la comunidad internacional con tal objetivo (Christakis 1999 510). El mismo Convenio N° 169 OIT (art. 1 N° 3) nos brinda una “ayuda” al prevenir que el concepto “pueblo” no se condice con aquel aplicado para el resto de los pueblos no indígenas, en el contexto del Derecho internacional. Para el caso Mapuche, esta interpretación fue corroborada el año 2000 cuando el Tribunal Constitucional cerró la puerta a cualquier intento de reclamo de autodeterminación política fundado precisamente en el concepto general de “pueblo”, tal como señalamos más adelante.

**Nomogénesis** . Básicamente, se trata ésta de la capacidad para crear normas jurídicas y poder exigir su cumplimiento. Por la trascendencia que posee, le dedicaré un apartado especial.

### 3. DE LA CAPACIDAD NOMOGENÉTICA DEL PUEBLO MAPUCHE

#### i. Heteronomía en las normas jurídicas

Al involucrarse en el estudio del fenómeno de la normatividad, una de las operaciones básicas para identificar las normas es determinar la “autoridad normativa”, la prescripción que dicta, el “sujeto legislado” y si el cumplimiento de la norma puede obtenerse por medio de la fuerza (Squella Narducci 2011 66-82). En este sentido, lo que da carácter y distingue a las normas jurídicas de otras -como las normas morales o las religiosas- es su “heteronomía” e imperio. Veamos: atendiendo a su origen, una norma es “autónoma” cuando la autoridad normativa se confunde con el destinatario de la prescripción, puesto que son la misma persona. Por su parte, atendiendo a su obligatoriedad o imperio, una norma es “autónoma” si su cumplimiento no puede ser exigido, por medio de la fuerza, a un tercero. Entonces, para la Teoría del Derecho, la “autonomía” del comportamiento es la sujeción al capricho, voluntad o querer propio. Jamás de otro. Así sucede, por ejemplo, cuando un fanático del fútbol dice “debo seguir a mi equipo de fútbol, juegue donde juegue”, siendo ésta una prescripción autónoma en cuanto a su origen y en cuanto a su obligatoriedad.

A diferencia de lo anterior, la “heteronomía” implica sujeción a la nomogénesis o capacidad nomogénica de otro, es decir, al poder y querer ajeno. Así, en cuanto a su origen, una norma será “heterónoma” cuando la autoridad normativa es diferente del sujeto legislado, normalmente vinculados por una relación de ascendencia/subordinación. Ello ocurre, por ejemplo, con las normas impuestas por una autoridad religiosa a sus fieles. Sin embargo esta última no es “heterónoma” en cuanto a su imperio pues resulta imposible exigir su cumplimiento por medio de la fuerza estatal, característica que sí poseen las normas jurídicas. Éstas últimas son, por regla general, “heterónomas” en ambos sentidos ya que provienen de autoridades normativas que se sitúan por fuera -y encima- de los sujetos legislados que deben cumplirlas; a su vez, éstos están obligados a obedecerlas, incluso si están en contra de lo que se les prescribe, pues para ello se organiza la fuerza estatal. Así, por ejemplo, ocurre cuando el art. 5 de la ley N° 19.253 dice: “todo aquel que, atribuyéndose la calidad de indígena sin serlo, obtenga algún beneficio económico que esta ley consagra sólo para los indígenas, será castigado con las penas establecidas en el artículo 467 del Código Penal”. En este ejemplo, todo aquel que desobedezca la prohibición impuesta por la ley arriesga las penas señaladas, incluso mediando la intervención de la policía en caso de declararse en rebeldía.

#### ii. Derecho indígena versus Derecho “sobre” indígenas

En el año 2000 el Tribunal Constitucional chileno sentenció:

(. . .) que todo lo expuesto y, especialmente los propios términos de la Convención N° 169 cuestionada, es suficiente para que este Tribunal llegue a la íntima convicción que la expresión 'pueblos indígenas', debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado.<sup>15</sup>

Frente a tal decisión, inmediatamente surgen algunas preguntas: ¿tiene el pueblo Mapuche capacidad nomogenética o "Derecho propio"?; ¿quién crea el Derecho indígena?; ¿cuál es la relación entre el pueblo Mapuche y el Derecho indígena? En Chile, se ha planteado que el término "Derecho indígena" eventualmente podría utilizarse para aludir al Derecho propio de cada pueblo originario, al producto de su nomogénesis. No obstante, y como dijimos arriba, debido a que este "Derecho propio" no satisface los estándares mínimos de cientificidad que exige el paradigma epistemológico occidental, apenas alcanza para ser considerado "costumbre jurídica". Es por ello que, en este ámbito de las Ciencias Sociales, se reserve el giro "Derecho indígena" solo para aludir al conjunto de normas, nacionales e internacionales, dictadas para regular las peculiaridades culturales, ambientales y patrimoniales de los pueblos originarios (Nuñez Poblete 2010 13). En su momento, Stavenhagen decía:

[u]na dificultad particular que debe ser encarada en este proceso es el hecho de que las normas internacionales están siendo desarrolladas por los Estados -o sus representantes- y para los Estados. Los pueblos indígenas se han quejado desde hace mucho tiempo de que los principales problemas que tienen que enfrentar se deben precisamente a sus relaciones con los Estados. Además, hasta hace muy poco, ellos raras veces han sido consultados -para no decir invitados- a participar en los esfuerzos colectivos tendientes al desarrollo de estas normas (Stavenhagen 1989 40-43).

Teniendo en cuenta lo anterior, la nomogénesis Mapuche no es posible encontrarla en el Convenio N° 169 OIT, en la Declaración ONU del 2007, en la Declaración OEA del 2016 ni, tampoco, en la ley Indígena N° 19.253. Dicha capacidad nomogenética solo es posible rastrearla en su "Derecho propio" el que a consecuencia del "racismo epistemológico" con que opera el colonialismo contemporáneo (Mignolo, 2009: 10) ha quedado reducido al valor de "usos" o "costumbres" jurídicas, que aunque poseen ciertas implicancias frente al ordenamiento jurídico chileno éstas solo son de tipo folklóricas o culturales, jamás políticas, en el sentido de pretender subvertir la soberanía, jurisdicción e imperio reclamado por el Estado chileno. Así, por ejemplo, lo ha ratificado la Corte Suprema, en fallo del 26 de julio de 2018.<sup>16</sup>

Que de conformidad con lo dispuesto por el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional de Trabajo, y en la ley 19.253, en especial en sus artículos 8 y 1, respectivamente, el símbolo ceremonial referido, que forma parte de las costumbres e instituciones de los recurrentes, merece un respeto especial acorde a su naturaleza (. . .).

Lo trascendente, eso sí, es que en seguida el máximo tribunal previene:

(. . .) cabe mencionar que el señalado Convenio dispone, en el segundo apartado de su artículo 8, que la preservación de las costumbres e instituciones propias de los

---

<sup>15</sup>Considerando N° 44 de la causa rol N° 309, sentencia del 4 de agosto del 2000.

<sup>16</sup>Causa rol N° 9021-2018, caratulado "Painepe con Sociedad Agrícola Las Vertientes Limitada", considerandos 3° y 6°.

pueblos indígenas es '( . . . ) siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ( . . . )', dentro de los cuales es reconocido en nuestro el derecho de propiedad que le asiste a la parte recurrida, que la autoriza para usar, gozar y disponer de dicho predio y que la Constitución protege y resguarda.

iii. Racismo epistemológico: negación de la capacidad nomogenética mapuche

La tradición jurídica dicta que sujetos internacionales de Derecho son solo aquellos a quienes se les reconoce capacidad nomogenética y "*ius contrahendi*" en el plano internacional. Los pueblos indígenas, al ser objetos de Derecho –principalmente vía tratados sobre derechos humanos– no poseen tal subjetividad; tampoco, al interior de los Estados (Fernández Lira 2016 230).

Al igual que ha sucedido con la lengua –“dialecto”– o la medicina –“chamanismo”–, el racismo epistemológico interno ha dictado que el mapuche, en ejercicio de su capacidad nomogenética, solo puede crear “costumbre jurídica”, no Derecho. Esta minusvaloración conlleva serias implicancias a la hora de reconstruir un reclamo por autodeterminación política, al menos en el contexto jurídico chileno. No solo por su inferioridad científica –ni siquiera está escrito–, sino por su subordinación política ya que el reconocimiento, efectividad y eficacia del “Derecho propio” depende de la aprobación que el legislador chileno le otorgue. En otras palabras, la nomogénesis mapuche existirá en la medida que el legislador chileno la reconozca pues así lo prescribe el Código Civil en su art. 2º: “La costumbre no constituye Derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. En concordancia, el inc. I del art. 54 de la ley Nº 19.253 señala: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá Derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”. Pero aun más, porque el legislador solo permitirá las “buenas costumbres” (art. 7 inc. I, ley Nº 19.253), aquellas que no subviertan la integridad territorial ni tampoco que atenten contra la doctrina hegemónica e imperial que nutre de fundamentos al sistema internacional sobre derechos humanos (Pérez Villar 1997 477).

Cada vez que un tribunal chileno decide una causa donde hay involucrados mapuche se hace ostensible el choque cultural subyacente, desencuentro que no solo tiene una lectura antropológico-jurídica, sino derechamente política (Vergés 2008). En efecto, y para el caso Mapuche, al conflicto entre su “Derecho propio” y la legislación chilena subyace otra cuestión mucho más profunda, de ahí que resurja hoy el argumento de la supervivencia de los Pactos o “Tratados”, firmados entre ambas naciones hasta inicios del siglo XX, retomándose la discusión sobre la soberanía territorial. Por tanto, el enfoque jurídico de la relación entre pueblo mapuche y Estado chileno no debe reducirse a una cuestión de más o menos derechos humanos, sino que debe llevarnos a resolver la relación de subordinación que actualmente tiene el Derecho mapuche respecto al ordenamiento jurídico chileno y, de paso, resolver la crisis epistemológica que conlleva reconstruir el Derecho mapuche únicamente a partir de la Teoría general de los Derechos Humanos (Aillapán Quinteros 2015). No son pocos los mapuche que han señalado que las leyes más importantes, en nuestra lucha autonómica, son “el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas por los Derechos de los Pueblos Indígenas” (Mariqueo 2012). Por mi parte, sin embargo, me pliego a aquellos que plantean la urgencia de una radical reconceptualización del paradigma de los derechos humanos (Mignolo 2000 739).

El Derecho vigente dice quien manda en una determinada sociedad. Quien impone las reglas de juego –y las modifica a su antojo– controla los destinos de un determinado territorio y su población. Al respecto, como plantea Mignolo:

cambiar los términos de la conversación implica desprenderse de las controversias disciplinarias o interdisciplinarias y del conflicto de las interpretaciones. Mientras controversias e interpretaciones se mantengan dentro de las mismas reglas del juego –términos de la conversación–, el control del conocimiento no está en juego. Y para

cuestionar los cimientos del control del conocimiento moderno/colonial, es necesario enfocarse en quien conoce más que en lo conocido. Significa ir a los supuestos reales que sostienen el locus de las enunciaciones. (2009 13)

Aplicando *mutatis mutandi* este razonamiento al ámbito jurídico, podríamos decir que hoy no solo basta con modificar el "contenido" de la conversación entre el Estado chileno y el pueblo mapuche, sino debe apuntarse a modificar los "términos" de aquella conversación, tal como se intentó en la discusión constitucional llevada a cabo entre los años 2021 y 2022. No basta conformarse con un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, un Ministerio ad-hoc o escaños reservados en el Congreso Nacional. En nuestro caso, se debe avanzar decididamente hacia la decolonización del Derecho indígena (Walsh 2009 172) y, en general, del actual marco occidental e imperialista sobre los derechos humanos. En Chile, la posibilidad de que la autodeterminación mapuche decante en un proceso secesionista aparece como una opción muy lejana, casi inviable, máxime la actitud de la élite y su férrea defensa de la integridad territorial, la nación unitaria, la descentralización y el "monismo jurídico". Por ahora, lo más sensato es apostar al "pluralismo jurídico", tesis que ha encontrado acogida ya en cierta literatura y jurisprudencia chilena. Aun así, el desafío es que este pluralismo deje de ser subordinado porque –en teoría, al menos– debiera ser directamente proporcional a la soberanía y autogobierno reclamado, de manera que a mayor autonomía política, mayor debiera ser la autodeterminación en el ejercicio de la nomogénesis por parte de un determinado pueblo, condición que en Chile no se tolera. Es más, en el texto de nuestra Constitución ni siquiera se reconoce la posibilidad del pluralismo jurídico, lo cual ya plantea una dificultad de base.

Hacia el final, sirva la siguiente comparación para ilustrar como el racismo chileno determina la negación de la nomogénesis mapuche, no obstante permitirla para otros colectivos o grupos intermedios no indígenas, aun si estos últimos en su ejercicio violan los estándares de derechos humanos. En efecto, esto es lo que ha venido ocurriendo durante la última década con la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP), institución a la cual se le ha tolerado imponer sanciones que vulneran abiertamente los derechos humanos, sin que haya existido reproche por parte de la autoridad chilena, tal como ocurrió, por ejemplo, con el inédito y desmedido castigo aplicado a un futbolista por "abusar" de su libertad de expresión al criticar el manejo de la ANFP.<sup>17</sup> O, también, con las desafiliaciones sufridas por un par clubes de fútbol chileno por demandar civilmente a dicha Asociación ante los tribunales ordinarios de justicia,<sup>18</sup> sanción aplicada por soslayar precisamente el aparato jurídico-político autónomo que rige las relaciones dentro del ámbito del fútbol y que, en principio, se encuentra al margen del ordenamiento jurídico chileno.

#### 4. CONCLUSIONES

**Ausencia de una teoría política mapuche** . No basta con decir que la autonomía o la autodeterminación mapuche debe ser "porque sí", porque tenemos "derechos históricos" o simplemente porque es un "derecho humano". La crítica más común a cualquier movimiento autodeterminista es que busca romper el marco jurídico existente para imponer un sistema soberano distinto (Martínez 2007 362-363). Efectivamente, las demandas por autodeterminación ponen en jaque la normalidad jurídica de cualquier país, mas no por los motivos esbozados desde sectores reaccionarios que buscan conservar el carácter pacificador atribuido al Derecho hegemónico, sino simplemente porque la historia colonial y republicana latinoamericana engendraron la necesidad de autonomía para los pueblos indígenas, necesidad que debe ser satisfecha (González Galván 1993 71).

Lamentablemente en el caso Mapuche, detrás del reclamo por autodeterminación no se logra

---

<sup>17</sup>Archivo de la noticia en <http://www.eldinamo.cl/estadio/2014/12/01/fin-al-misterio-barroso-es-sancionadocon-8-fechas-por-la-anfp/>; visto el 26 de diciembre de 2018 a las 13:30 horas de Chile continental

<sup>18</sup>Archivo de la noticia en <https://www.latercera.com/el-deportivo/noticia/la-anfp-expulsa-vallenar-ir-la-justicia/442988/>; visto el 26 de diciembre de 2018 a las 13:40 horas de Chile continental.

reconocer una teoría política colectiva y consistente, que sostenga dicha reivindicación (Marimán Quemenedo 2012 21-25) y así quedó demostrado durante la reciente experiencia de modificación constitucional. Peor incluso, pues en el escenario actual se extraña un consenso mínimo respecto al contenido de la demanda, objetivos básicos y concretos que otorguen claridad hacia el interior de la sociedad mapuche como, también, a la comunidad nacional e internacional, despejando el reproche de quienes ven en aquella solo un germen de violencia, terrorismo y separatismo. La indefinición en los alcances del proceso y la ausencia de una teoría política reconocible consolida la creencia de que solo la “vía institucional” –mesas de diálogo, reconocimiento constitucional, subsidios, fomento a la producción, etcétera– empodera y confiere autonomía a la sociedad mapuche. Craso error, pues basta observar que en las últimas dos décadas los principales logros políticos (Huenchumilla 2018) y reivindicaciones territoriales han sido consecuencia, directa o indirecta, de la radicalización del movimiento y sus métodos –propaganda y violencia política, básicamente– para enfrentar aquella “guerra de baja intensidad” (LLaitul 2017) desatada por el Estado chileno en aquellos territorios reclamados como históricos. Y si bien dijimos que la ruptura o secesión se muestra como una opción poco realista en el contexto político y jurídico actual, no hay que olvidar que la historia reciente demuestra que –incluso apelando a la violencia o la guerra– los procesos de liberación nacional necesitan de una sólida fundamentación política y jurídica (Sosa 2005 59).

**Avanzar hacia la decolonización del Derecho indígena** . Aunque para un amplio sector del pueblo Mapuche tanto el Convenio N° 169 OIT, como el resto de los instrumentos del Derecho internacional sobre derechos humanos, constituyen la fuente de los derechos indígenas –y, en específico, del derecho a la autodeterminación–, a mi juicio, dicha tesis solo conlleva la perpetuación del colonialismo interno pues que los derechos humanos –en su paradigma epistemológico actual, obviamente– resulten ser fuente y límite de las prerrogativas demandadas por los pueblos indígenas implica que toda posibilidad de autodeterminación política, autogobierno y control territorial estén a priori condenados al fracaso.

Y aun cuando la transformación del marco jurídico chileno no apunte a la ruptura o secesión territorial, necesariamente deben cambiarse los “términos” de la conversación entre el Estado y el pueblo mapuche a través de la decolonización de toda normativa que valide y justifique el colonialismo interno a que se ve expuesto este último.

**Ampliar la medida de lo posible** . A propósito de la vigencia del Convenio N° 169 OIT en Chile, la imposibilidad de negarse a la ejecución de proyectos industriales o extractivos en territorios indígenas es un claro ejemplo de que la “Consulta indígena” no favorece ni resguarda la autonomía o autodeterminación mapuche. Atendiendo a la obligatoriedad y efectos de esta consulta, apenas resulta homologable con el “derecho del niño a ser oído”, institución reconocida por la legislación nacional e internacional para velar por el “interés superior” de los menores involucrados en procesos judiciales. Luego, bajo este razonamiento, la legislación sobre indígenas deviene en un estatuto normativo similar al diseñado para el cuidado y protección de la niñez, amparado en la premisa de que los menores no poseen la suficiente madurez cognitiva o capacidad para autodeterminarse, y en donde se considera su opinión, pero solo con valor consultivo, no obligatorio. De ahí que urja decolonizar el Derecho, ampliando el poder de decisión indígena, y que esa “medida de lo posible” del art. 7.1 del Convenio N° 169 OIT incluya, necesariamente, la posibilidad de oponerse o rechazar la instalación de industrias extractivas o industriales en territorios propios, genuina expresión de libre determinación de todo pueblo.

**Recuperación de la nomogénesis perdida** . Un objetivo preciso del proceso autonómico mapuche ha de ser la refundación de su capacidad nomogenética y el rechazo al pluralismo jurídico subordinado. En concreto, esto se vería reflejado en un estatuto autonómico propio, tal como lo venían sugiriendo ciertos líderes e intelectuales mapuche, y que en los resultados de la Comisión para la Descentralización (2014) tuvo su primera positivización, y más recientemente

en el borrador constitucional de 2022. La tarea, entonces, es realizar una convocatoria amplia que involucre a todos y todas para el diseño de dicho estatuto autonómico, algo así como una "Carta Magna Mapuche" que guíe las futuras negociaciones con el Estado chileno.

En este sentido, la reconsideración de la tesis de los Parlamentos es un buen ejemplo de la reconstrucción de la capacidad nomogénica del mapuche. Efectivamente, apelando a dichos Parlamentos -celebrados con el imperio español y, luego, con la naciente república chilena- varios líderes e intelectuales mapuche vienen exigiendo a la comunidad internacional el reconocimiento del Mapuche como un pueblo-nación autónomo. De todas maneras, y aunque desde hace décadas se venga estudiando el valor jurídico y la potencial utilidad de dichos instrumentos, está pendiente de verificación si acaso el reconocimiento de dichos Parlamentos o "Tratados" devolverían el estatus de nación soberana al pueblo mapuche, es decir, si acaso la comunidad de Estados estaría dispuesta a reconocerles su nomogénesis, su "*ius contrahendi*", su autodeterminación política.

## REFERENCIAS

- Aillapán Quinteros, J. El Mapuche ante el Derecho chileno. Aproximación crítica a la vigencia de los derechos humanos en el Wallmapu. Primer Seminario sobre Convenio 169 OIT y legalidad indigenista. Punta Arenas, 2015.
- Anaya, J. Los pueblos indígenas en el Derecho internacional (segunda ed.). (L. Rodríguez-Piñero Moyo, P. Gutiérrez, & B. Clavero, Trads.) Madrid: Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, 2005.
- Antileo, E. (2013). Migración mapuche y continuidad colonial. En Comunidad de Historia Mapuche, *Ta iñ fijke xipa rakizuameluwün*. Historia, colonialismo y resistencia desde el país Mapuche. Temuco, Chile: Autor.
- Atria, F. ¿Existen los derechos sociales? Discusiones: Derechos sociales(4), 15-59, 2004.
- Aylwin, J., & Marimán, J. Proceso constituyente en Chile: análisis crítico desde la perspectiva de los derechos humanos y de la plurinacionalidad. Temuco: Observatorio Ciudadano, 2017.
- Boccara, G., & Bolados, P. ¿Qué es el multiculturalismo? La nueva cuestión étnica en el Chile neoliberal. *Revista de Indias*, 70(250), 2010, 651-690.
- Bonfil Batalla, G. El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. *Anales de Antropología*, 9, 1972, 105-124.
- Calogeropoulos-Stratis, S. *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*. Brussels: Établissements Émile Bruylant, 1973.
- Caniuqueo Huircapán, S., Levil Chicahual, R., Marimán Quemenado, P., & Millalén Paillal, J. ¡...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de historia nacional mapuche y un epílogo sobre el futuro. Santiago, Chile: LOM, 2006.
- Christakis, T. *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*. Marseille, Francia: Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Université d'Aix-Marseille III, 1998.
- Claro Solar, L. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. (Vol. V. De las obligaciones). Santiago: Editorial Jurídica, 1992.
- De Obieta Chalbaud, J. El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos. Madrid: Tecnos, 1993.
- Douzinas, C. El fin(al) de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*. Nueva Época, 7(1), 2006, 309-340.
- Dussel, E. *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural/UMSA, 1994.
- Fernández Liria, C. *En defensa del populismo*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2016.
- Fernández, J., Peralta, C., & Sánchez, M. ¿Por qué y cómo contar? El censo y la población indígena en Chile. Documento de Trabajo ICSO. Serie Laboratorio Constitucional, Escuela de Sociología, Universidad Diego Portales, Santiago. (s.f.).
- Gargarella, R., & Ferreyra, G. (27 de enero de 2017). Página 12. Recuperado el 8 de noviembre de 2018, de <https://www.pagina12.com.ar/16461-nuestros-pueblos-indigenas>

- González Galván, J. El derecho matriz de los excluidos: la autonomía (los procesos autonómicos de los pueblos mayas de Chiapas). *Boletín de Antropología Americana*(28), 1993, 71-92.
- Gros Espiell, H. *Le droit a l'autodétermination. Application des résolutions de l'organisation des Nations Unies*. Nueva York: ONU, 1979.
- Huenchumilla, F. (26 de Diciembre de 2018). La Tercera. Recuperado el 2018 de Diciembre de 28, de <https://www.latercera.com/politica/noticia/huenchumilla-analiza-ano-del-pueblo-mapuche-este-2018-termina-triunfo-politico-salieron-fortalecidos/460333/>
- Kymlicka, W. Neoliberal Multiculturalism. En P. Hall, & M. Lamont (Edits.), *Social Resilience in the Neoliberal Era* (págs. 99-126). Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- LLaitul, H. (25 de enero de 2017). [radio.uchile.cl](https://radio.uchile.cl/2017/01/25/hector-llaitul-el-estado-implementa-un-escenario-de-guerra-contra-la-resistencia-mapuche/). Recuperado el 16 de Noviembre de 2018, de <https://radio.uchile.cl/2017/01/25/hector-llaitul-el-estado-implementa-un-escenario-de-guerra-contra-la-resistencia-mapuche/>
- Marimán Quemenado, J. *Autodeterminación. Ideas políticas mapuche en el albor del siglo XXI*. Santiago: LOM, 2012.
- Marimán Quemenado, J. *Awkan tañi müleam Mapun kimün. Mañke pu kintun (Combates por una historia mapuche. La perspectiva de un cóndor)*. Centro Rüntun/Fundación Böell, 2017.
- Mariqueo, R. (21 de Febrero de 2012). [mapuche-nation](http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/noticias/ntcs-477.htm). Recuperado el 2018 de diciembre de 12, de <http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/noticias/ntcs-477.htm>
- Martínez Cid, C. *Aplicación de la ley N° 19.253 en materia de contratos. Análisis jurisprudencial y comentarios*. Concepción, Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, 2012.
- Martínez Cobo, J. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Volumen V: conclusiones, propuestas y recomendaciones*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1987.
- Martínez Muñoz, J. *La autodeterminación*. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 8, 2007, 325-364.
- Mendoza Antunez, C. *El derecho a la autodeterminación: un derecho humano de los pueblos indígenas*. En M. Macías Vásquez, & M. Anglés Hernández (Edits.), *Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes 2013*, (págs. 1-24). México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mignolo, W. *The many faces of cosmo-polis: border thinking and critical cosmopolitanism*. *Public Culture*, 12(3), 2000, 721-748.
- Mignolo, W. *Desobediencia epistémica (II), Pensamiento independiente y libertad de-colonial*. *Otros Logos. Revista de Estudios Críticos*, 1(1), 2009, 8-42.
- Mignolo, W. *Who speaks for the human in human rights?* En J.-M. Barreto (Ed.), *Human rights from a third world perspective: critique, history and international law*, 2012 (págs. 44-64). Newcastle: Cambridge Scholars Publishing.
- Nuñez Poblete, M. *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*. (M. Nuñez Poblete, Ed.) *Librotecnia*, 2010.
- Papadópolo, M. *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*. Guatemala: IDIES-Universidad Rafael Landívar, 1995.
- Pérez Villar, C. *El derecho de autodeterminación de los pueblos: perspectiva actual*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(18), 1997, 473-481.
- Polo, J. *Un acercamiento crítico a los problemas antropológicos, políticos y filosóficos del pluralismo jurídico*. *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*(59), 2018, 511-526.
- Sierra, L. *La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo*. *Estudios Públicos*(92), 2003, 19-27.
- Sosa, E. *La autodeterminación de los pueblos*. En E. Rabasa, & E. Rabasa (Ed.), *Los siete principios básicos de la política exterior de México*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Squella Narducci, A. *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica, 2011.
- Stavenhagen, R. *Etnocidio o etnodesarrollo: el nuevo desafío*. *Mundo: problemas y confrontaciones*, 2(1), 1988, 59-74.
- Stavenhagen, R. *Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional*. *IIDH*, 10,

1989, 39-64.

- Stavenhagen, R. Los pueblos originarios: el debate necesario. Buenos Aires: CLACSO, 2010.
- Vergés, J. (2008). Estrategia judicial en los procesos políticos. Barcelona: Anagrama.
- Walsh, C. Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- Weber, M. Economía y Sociedad (segunda ed.). (J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Maynez, & J. Ferrater Mora, Trads.) México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Yrigoyen Fajardo, R. Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisprudencia especial en países indígenas. *El Otro Derecho*(30), 2004, 171-195.
-

