

RECONOCIMIENTO MAPU-CHE DE CHILE: TRATADO ANTE CONSTITUCIÓN, HISTORIA FRENTE A DERECHO

Reconnaissance Mapu-Che of Chile: Treaty versus Constitution, History versus Law

Bartolomé CLAVERO
Universidad de Sevilla

Fecha de aceptación definitiva: 15-10-2009

RESUMEN: Desde el año 1991, el compromiso adquirido por los sucesivos gobiernos chilenos para reconocer a nivel constitucional la presencia indígena en el ordenamiento del Estado ha puesto de manifiesto el desconocimiento académico y jurídico mutuo por parte de Chile con respecto a las evidencias para una reposición de Mapu-Che. El presente trabajo hace un recorrido histórico y jurídico por las formas de relación entre el Estado chileno y el Estado Mapu, que hasta la conquista chilena de Mapu en la década de los ochenta del siglo XIX se manifestaron a través de Tratados y Parlamentos que implicaban un reconocimiento mutuo de ambas entidades en una esfera internacional. Las comisiones de estudios, informes oficiales e invocaciones de verdad para un nuevo trato, primero de las Naciones Unidas, y después de la República de Chile, han observado estas evidencias de la significación constitucional e internacional de los Tratados, pero Chile ha convertido su peculiar forma de reconocimiento constitucional de la presencia indígena en un alarde de unidad e indivisibilidad nacional. Este encubrimiento nace del deseo de mantener una Constitución exclusiva, al que se une la certeza de que otra forma de reconocimiento obligaría a un replanteamiento de las propias raíces de los fundamentos constitucionales de la República de Chile.

Palabras clave: Mapu-Che, Chile, Tratado, Constitución, Derecho, reconocimiento.

ABSTRACT: The compromise acquired since 1991 by successive Chilean governments to recognise indigenous presence in the organization of the State at a constitutional level has revealed the mutual academic and legal ignorance in relation to the evidence for Mapu-Che recognition. This work revisits the historical and legal relationship between the Chilean and the Mapu State, which until the Chilean conquest of the Mapu in the 1880s was carried out through Treaties and Parliaments that implied a mutual recognition of both identities in an international sphere. Study commissions official reports and pleas for truth for a new treaty, first by the United Nations, and later by the Republic of Chile noted the evidence of the constitutional and international significance of the Treaties, but Chile has since transformed its peculiar form of constitutional recognition of the indigenous presence into a display of national unity. This cover-up stems both from the desire to maintain an exclusive Constitution, and the certainty that any other form of recognition would lead to a reconsideration of the roots of the constitutional foundations of the Republic of Chile.

Keywords: Mapu-Che, Chile, Treaty, Constitution, Law, recognition.

Kimnieel fij mapu mew tañi kimgen kvme felen kisugvnew
 felen xvr kvme mvlen. Tvfaci zugu ñi mvleken mvleyem yamvwn
 ka xvr kvme nor felen kom pu reñmawke ce mew [...].

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...].

Kom Mapu Fijke Az Tañi Az Mogealeam /
 Declaración Universal de Derechos Humanos¹.

1. DERECHO: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

En octubre de 1991 la Presidencia de la República de Chile, conforme a un compromiso adquirido solemnemente por escrito durante la campaña electoral cerca de un par de años antes, presenta ante la Cámara de Diputados una propuesta de reforma constitucional con vistas al reconocimiento de la presencia indígena a dicho nivel fundamental del ordenamiento del Estado². Comienza

1. La versión en mapudungun, como en muchas otras lenguas de la humanidad sin necesidad de que sean oficiales de los Estados (en Chile tan sólo lo es el castellano o español), se ofrece en sitio de Naciones Unidas: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/aru.htm>. Por cuanto vamos a ver, reténganse no sólo las expresiones de *libertad, justicia, paz, dignidad y derechos*, sino también la de *familia humana*.

2. TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor: *Trayectorias de una negación. La transición chilena y el compromiso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, 1989-2006*. Santiago: Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, 2006, en línea: <http://www.politicaspUBLICAS.cl>, ofreciendo en anexo una colección de textos más nutrida de lo que aquí reflejo: «Jugando a las escondidas. Proyectos de reforma constitucional relativos a pueblos indígenas presentados por el ejecutivo y parlamentarios,

proponiéndose este añadido concesivo al mismísimo artículo primero de la Constitución: «El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena». No es estrictamente un reconocimiento de derecho a un tal nivel normativo, pero representa una importante novedad para una República que guarda de tiempo el silencio constitucional más imperturbable sobre dicha presencia humana³.

A mediados de 1992, de este año emblemático para el asunto, la Cámara de los Diputados aprueba por amplísima mayoría, casi unánimemente, la referida propuesta con un cambio en el orden de enunciación entre los factores cuya motivación no resulta sólo de esmero gramatical, pues antepone la integridad de la Nación: «El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la Nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica». Ahí muere esta iniciativa de reforma constitucional. No tiene en cuanto tal curso ulterior. Se cruza una propuesta de ley para «protección, fomento y desarrollo de los indígenas» que se aprobaría al cabo de menos de un año⁴, como si entonces ya fuera superfluo algún reconocimiento constitucional o de un modo más propio, por menos concesivo, de derechos. Tras algún que otro intento fallido, se producirá finalmente en el Senado una iniciativa que en parte y tras algunas vicisitudes llegará al puerto de una aprobación parlamentaria. Estamos a mediados del 2000.

Se sigue siempre interesando al artículo primero constitucional tratándose ahora de agregarle el siguiente pronunciamiento:

El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que a los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena.

A principios de 2002 se aprueba por el pleno del Senado con cambios de redacción, tampoco inocentes, y la anteposición de una frase: «La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad». Paralizado su curso parlamentario, al cabo de unos meses el gobierno propondrá otra fórmula que será rechazada por el Senado:

La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la existencia de etnias indígenas originarias, entre éstas, la Mapuche, la Aimara, la Rapa Nui o Pascuense; las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán. Ellas constituyen parte esencial de las raíces de la

1991-2006». Pues no soy ciudadano de Chile, no me permito más humor que el que transmite Víctor Toledo.

3. Para información sobre la humanidad involucrada distinguiéndose entre pueblos, AYLWIN, José (coord.): *Los derechos de los pueblos indígenas*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, 2003.

4. Puede encontrarse en el banco de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://www.bcn.cl/portada.html>, al que cabe perfectamente acceder por el portal del Congreso mismo: <http://www.congreso.cl>.

Nación chilena. Es deber del Estado respetar su identidad y promover su cultura y tradiciones.

La premisa ya parece invariable: «La Nación chilena es indivisible», a lo cual enseguida se añadirá, con toda lógica, que además y ante todo «una». El gobierno insiste con una nueva iniciativa a finales de marzo de 2005 separando oraciones y ampliando referencias. La premisa de unidad se destaca elevándose a un momento anterior del artículo primero mientras que el registro indígena permanece al final del mismo como agregado que no forma párrafo propio:

Intercálanse en el artículo 1º el siguiente inciso tercero nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto, a ser incisos cuarto, quinto y sexto, respectivamente: La Nación chilena es una e indivisible. Reemplázase el inciso final del artículo 1º por el siguiente: Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional⁵.

El Senado rechaza la propuesta a finales de mayo, pero con esto no se pone término a su trayectoria.

A principios de 2006 la misma propuesta se sustancia ante la Cámara de Diputados con un ligero retoque en la composición de párrafos. El pronunciamiento referente a indígenas no figura como parte del último inciso del artículo primero, el que comienza por la seguridad nacional y prosigue con la protección de la población y la familia, sino como apartado distinto, formando él solo el último párrafo. De esta forma se someten a votación separada el pronunciamiento sobre la unidad indivisible de la Nación y ese otro referente a identidad indígena que estaba en el origen de todo este proceso. El 10 de enero de este año, 2006, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aprueba por unanimidad un inciso: «La Nación chilena es una e indivisible», y rechaza rotundamente, sin ningún voto a favor, el otro:

5. Para la debida ubicación, añadiendo la numeración de incisos o párrafos, he aquí el primer artículo de la Constitución a dichas mismas alturas: «1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. 2. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 3. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. 4. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. 5. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional». La Constitución al día puede encontrarse por supuesto en sitio oficial: <https://www.presidencia.cl/view/pop-up-nueva-constitucion-texto.asp>.

Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional.

A partir de este momento la reforma constitucional para el reconocimiento de la presencia indígena se contrae al pronunciamiento sobrevenido:

Intercálase en el artículo 1º de la Constitución Política de la República el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto a ser cuarto, quinto y sexto, respectivamente: La Nación chilena es una e indivisible.

Por el trámite de urgencia se remite al Senado el mismo día 10 de enero.

El Senado recibe la propuesta de la Cámara de Diputados, bajo el título ahora definitivamente extraño de «reforma constitucional sobre pueblos indígenas», pasándola por trámite ordinario, «sin urgencia», a la propia Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, donde el asunto viene a empanantarse. La discusión habida ahora en el Senado es la referente al trámite de urgencia que se retira. Quien me lea tiene forma fácil de ponerse al día sobre tan llamativo registro de la presencia indígena: «La Nación chilena es una e indivisible»⁶. El primer paso parlamentario ya había sido el de anteponer la integridad nacional al reconocimiento indígena. Con todos sus altibajos a lo largo del trayecto y su retorsión al final del camino, el proceso guarda una lógica.

Es esto, registro indígena, dicha proclamación de unidad e indivisibilidad de Nación no sólo porque así se siga llamando el trámite parlamentario. Tal es la forma de proceder a un reconocimiento a la que se muestra dispuesta Chile, la de no reconocer. Lo explica la información sobre el estado del procedimiento de esta reforma constitucional que ofrece la propia legislatura chilena:

El proyecto considera que la consagración constitucional de los Pueblos Indígenas, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales, implica no sólo una consecuencia natural de integración de todos los sectores de la sociedad chilena, sino, sobre todo, un deber primordial con miles de chilenos que desean resguardar las raíces de nuestro pueblo,

nuestro por supuesto como lo no indígena de hoy junto a lo indígena de ayer.

2. HISTORIA: UNA CONSTANTE CONSTITUYENTE

Puede entenderse que entre la Cámara de Diputados y el Senado se haya perdido toda urgencia si se tiene en cuenta que no es otra la posición constitucional de Chile desde sus mismos orígenes como Estado independiente de la

6. El sitio del Senado mantiene buena información sobre trámites de proyectos. Conviene entrar en los links de la página relativa a esta reforma: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>. El detalle que sigue en el próximo párrafo figura en http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/site/pry/fset1_4069-07.html.

Monarquía española. Y lo es que se encuentra además a estas alturas bien asegurada por la Constitución tal y como está sin cambiarle ni una coma. Chile constitucionalmente no sólo es que sea uno, sino que es encima unitario, tan indivisible que no admite ni tan siquiera posibilidad de autonomías territoriales, permitiendo descentralización tan sólo y si acaso por delegación. Así categóricamente se establece por los primeros párrafos del artículo tercero de la Constitución actual: «El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley». Veamos en unos orígenes⁷.

En 1822 ya se procede al trazado de la geografía de Chile por Constitución, marcándose sustancialmente aquella a la que, tras algunos desplazamientos frente a Bolivia y Perú y con la salvedad de una agregación extracontinental como la de Rapa Nui o Pascua, se refiere tal principio de unidad indivisible: «El territorio de Chile conoce por límites naturales: al sur, el Cabo de Hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente, los Andes; al occidente, el mar Pacífico. Le pertenecen las islas del Archipiélago de Chiloé, las de la Mocha, las de Juan Fernández, la de Santa María y demás adyacentes» (art. 3). Y se identifica además una presencia: «Corresponde al Congreso: 6. Cuidar de la civilización de los indios del territorio» (art. 47). Se reconoce constitucionalmente que por dicha geografía, entre Atacama y Hornos, hay *indios* a fin de situárseles bajo el poder del Estado en dichos términos que resultan suspensivos de cualquier derecho. Han de someterse a *civilización*, a la pérdida de sus propias culturas y al abandono del control de sus territorios y recursos, antes de incorporarse al ejercicio de una *ciudadanía* en la que en principio se encuentran incluidos o de la que al menos no están explícitamente excluidos (tít. III, cap. II, «De los Ciudadanos»).

Es la primera y la última mención expresa de la presencia indígena en la historia de las Constituciones de Chile. Aparte de la cancelación de este registro, que ya se produce en 1823 resultando así definitiva, la Constitución de 1828 trae la novedad de una especificación en la identificación de la geografía de la República:

Su territorio comprende de Norte a Sur, desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y de Oriente a Occidente, desde las Cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, con las islas de Juan Fernández y demás adyacentes. Se divide en ocho Provincias, que son: Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé.

Es también la primera y la última vez que se procede a la enumeración constitucional de las circunscripciones que conforman un mapa político. Puede

7. Utilizo una edición de Constituciones prácticamente oficial, como «obra publicada por acuerdo de las Honorables Comisiones de Policía Interior del Senado y de la Cámara de Diputados»: VALENCIA AVARIA, LUIS: *Anales de la República. Textos Constitucionales de Chile y Registro de los Ciudadanos que han integrado los Poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810* (1951). Santiago: Andrés Bello, 1986, ampliada hasta la Constitución de 1980 y la nómina de gobernantes y legisladores en la dictadura. Es la edición que utiliza la Biblioteca Nacional del Congreso para reproducciones de los textos históricos en Internet. Para las citas de Constituciones históricas me atengo a la ortografía evidentemente actualizada de esta edición.

entenderse. Si se compara la definición del territorio con la composición de sus piezas salta a la vista una falta de correspondencia. Las provincias conforman un territorio discontinuo, con amplios espacios no sólo en los extremos, sino también por medio, sobre una geografía constitucional entonces tan fantástica entre Atacama y Hornos, el Pacífico y los Andes. La Constitución ya no ofrece pista alguna sobre la evidencia palmaria de que los vacíos en el mapa alojasen precisamente los espacios más caracterizadamente indígenas.

La evidencia misma se solapará por una vía de lo más expeditiva a partir de la Constitución de 1833, la que ya regirá, con todas sus reformas, durante cerca de un siglo. La misma eleva a artículo primero, único del capítulo primero, «Del Territorio», el trazado del mapa guardando silencio sobre la identificación de sus componentes: «El territorio de Chile se extiende desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y desde las cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, comprendiendo el Archipiélago de Chiloé, todas las islas adyacentes, y las de Juan Fernández». Sin nombres o apellidos de unas piezas ya no cabe apreciar la discordancia en la Constitución: «El territorio de la República se divide en provincias, las provincias en departamentos, los departamentos en subdelegaciones y las subdelegaciones en distritos» (art. 115).

De hecho Chile comenzaba definiendo su territorio constitucional porque no lo era efectivo en absoluto y con el designio de que lo fuera. Por su misma denominación no se entendía coloquialmente por entonces la totalidad de aquella geografía. Al hablarse de Chile solía hacerse referencia poco más que a un territorio contiguo al alcance de Santiago junto, si acaso, a algunos enclaves por otras zonas a los que también llegaban una población y unas instituciones que comenzaban a identificarse de tal modo, como chilenas. «Supuesto que ya no dependemos de España, no debemos llamarnos españoles, sino chilenos», establecía un decreto de mediados de 1818 que, como la misma prensa oficial en castellano donde se hacía público, no alcanzaba más allá de dichas latitudes discontinuas (*Gaceta Ministerial de Chile* de 2 de junio). Sólo se dirigía a quienes manejaban esa lengua castellana de España, los *españoles*, no a *los indios* de los que viniera a acordarse luego una Constitución para suspenderles derechos por entenderles privados de *civilización*. De partida no había inclusión o tampoco exclusión, sino simplemente suspensión⁸.

Abundan testimonios por entonces de una idea de Chile contraída a territorio entre santiaguino y discontinuo. Los hay también oficiales sobre la existencia de un Estado indígena independiente entre la zona nuclear y los enclaves sureños:

8. Para las referencias normativas me ha ofrecido citas y pistas GAVILÁN, Víctor: «La República de Chile y los Mapuche 1810-1881». En: *Actas del Primer Congreso Internacional de Historia Mapuche*. Siegen: Eigenverlag (autoedición en Conmemoración del Parlamento de Negrete de 1803), 2003, pp. 119-137; para las disposiciones se tienen las compilaciones de VARAS, José Antonio: *Colonización de Llanquibue, Valdivia i Arauco, o sea Colección de las Leyes i Decretos Supremos concernientes a esta materia, desde 1823 a 1871 inclusive*. Santiago: Imprenta de la República, 1872, y de ANGUIA, Ricardo: *Leyes Promulgadas en Chile desde 1810 hasta el 1.º de Junio de 1912*, vol. I, 1810-1854. Santiago: Imprenta Barcelona, 1912.

«La plaza marítima de Valdivia está situada a ciento cuarenta leguas al sur del Bío Bío, que forma los límites australes de Chile. El país intermedio comprende los cuatro Butalmapus, o provincias del Estado antiguo e inconquistado de Arauco» (*Gaceta Ministerial de Chile* de 23 de diciembre de 1820). Arauco procede de *Ragco*, con raíz de agua en mapudungun, la lengua de *Mapu*, «la Tierra». Mapu-Che es su gente, pues esto, gente, pueblo o nación, es lo que significa *Che*. He ahí, entre el Bío Bío y Valdivia, un Estado independiente al que me voy a referir como Mapu, y a su población como Mapu-Che, aunque esto resulte bastante o incluso muy reduccionista. Para lo que aquí afrontamos, no hay necesidad de que nos adentremos en la composición de sus mal llamadas «provincias», los referidos, con transcripción castellanizada, Butalmapus, ni tampoco en la pluralidad misma de los pueblos Che. Ahí tenemos entonces un Estado de Nación como entidad bien distinta y además anterior al que estaba de momento improvisándose como independiente bajo el nombre entonces bastante circunscrito de Chile.

Si se sigue la prensa oficial de este Estado, el de Chile, verá esfumarse, conforme la República incipiente va consolidándose, dicha misma constancia de la existencia de otros Estados o al menos el de Mapu. En 1823 tanto hay ley, el 10 de junio, disponiéndose por Chile de dominio indígena para su reducción a propiedad particular como también se tiene, el 27 de octubre, ley que, para la «redención de familias chilenas que estuvieran prisioneras» de indígenas, se sitúa en cambio en el escenario de existencia de frontera y de relaciones de carácter sustancialmente internacional con Mapu, sin dicha disposición por lo tanto de dominio indígena por parte de Chile ni nada que se le acerque. En los años consecutivos irá imponiéndose la primera imagen sobre la segunda hasta llegar a hacerse oficialmente exclusiva para Chile, no por ello para la otra parte por supuesto. A mediados de siglo una ley ofrece testimonio a un tiempo tanto de la persistencia de la frontera con Mapu como de la determinación de Chile por cancelarla completamente.

Es de 2 de julio de 1852. Baste con recordar su artículo primero:

Establécese una nueva Provincia con el nombre de Arauco que comprenderá en su demarcación los territorios de indígenas situados al sur del río Bío-Bío i al norte de la provincia de Valdivia, i los departamentos o subdelegaciones de las provincias limítrofes que, a juicio del Presidente de la República, conviene al servicio publico agregar por ahora. Los departamentos o subdelegaciones completamente sujetos a las autoridades constitucionales, que por ahora formaren parte de esta nueva provincia, serán regidos por los mismos funcionarios i de la misma manera que las demás provincias del Estado. Los territorios habitados por indígenas i los fronterizos se sujetarán a las autoridades i al régimen que, atendidas sus circunstancias especiales, determine el Presidente de la República.

Ahí se define un designio entonces, en sus términos literales, aún incierto⁹.

9. AYLWIN, JOSÉ: *Estudio sobre tierras indígenas en la Araucanía. Antecedentes históricos legislativos, 1850-1920*. Temuco: Universidad de la Frontera/Instituto de Estudios Indígenas, 1995 (se tiene en línea: http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento_detalle.asp?id=MC0027515).

El 14 de marzo de 1853 un decreto lo que contempla es un escenario bien poco integrado constitucionalmente. Dispone que

toda compra de terrenos hecha a indígenas o de terrenos situados en territorios de indígenas debe verificarse con intervención del Intendente de Arauco i del Gobernador de Indígenas del territorio respectivo que el Intendente comisione especialmente para cada caso. La intervención del Intendente o del funcionario comisionado por él tendrá por objeto asegurarse de que el indígena que vende presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente i de que sea pagado i asegurado debidamente el pago del precio convenido.

Entre la intendencia regular y el comisionado especial, entre ley y decreto, no parece que hubiera perspectivas incompatibles. La habilitación por ley a la Presidencia de la República para decidir el régimen de «los territorios habitados por indígenas... atendidas sus circunstancias especiales» permite el mantenimiento de un escenario institucional no caracterizado tanto por el concurso de las autoridades comunes o especiales del Estado que se reglamentaban como por la resistencia o el no acomodamiento de parte indígena que determinaban la especialidad misma. Mapu o Arauco, si era provincia, resultaba distinta, tanto que podía estar incluso al margen de las expectativas de transferencia de tierras¹⁰. Al margen de las previsiones constitucionales, la Presidencia de la República podía legalmente recurrir a la práctica de Parlamentos con Mapu que ahora veremos.

Lo decisivo es desde luego lo que sigue al cabo todavía de unas tres décadas, durante la primera mitad de los años ochenta, cuando Chile lleve a término la sangrienta conquista de Mapu y se empeñe en una política de reducción a concentraciones poblacionales y de expropiación masiva del territorio con concesiones limitadas de propiedad bajo título de merced como si nunca jamás hubiera habido derecho político ni dominical indígena¹¹. La recuperación de las tierras o la reparación por el expolio es el asunto principal hoy incluso, como veremos, en relación a unos Tratados entre Chile y Mapu. Son estas piezas lo que ahora ante todo nos interesa, pues establecen los términos de partida no sólo de una historia, sino también de un derecho, cuando la República de Chile se encontrara con la existencia para nada inesperada del Estado de Mapu o Arauco, *Ragco Mapu*. Por mucho que tanto historiografía como doctrina abriguen otras ilusiones, entre historia y derecho no hay cesura. Hay derechos históricos.

10. ANKAÑ, José: «Historias de familias: Restitución de autoría, voces de independencia, memorial de una derrota, antecedentes para lo que vendrá». En: GUEVARA, Tomás y (como recopilador efectivo) MANKELEF, Manuel (e informantes o más bien autores y autoras Mapu-Che): *Kiñe mufü trokiñche ñi piel. Historias de familias. Siglo XIX* (1912). Temuco: Liwen/Santiago, CoLibris, 2002, pp. 7-28.

11. *Legislación indígena, tierras y pueblo mapuche*, volumen especial de CUHSO (*Cultura, Hombre y Sociedad*). Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco, 1999; REYES VALENZUELA, Mylène: *La política indígena del Estado chileno y la legislación mapuche*. Santiago: Universidad de Chile, 2002 (en línea: <http://www2.estudiosindigenas.cl/images/instituto.html>); TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor: *Pueblo Mapuche, Derechos Colectivos y Territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática*. Santiago: Chile Sustentable/Heinrich Böll Foundation, 2006 (también en línea entrándose por la dirección citada del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas).

He aquí algo que, encauzándose a través de Tratados, no podremos entender a cabalidad si no tomamos en consideración la perspectiva de la contraparte, la Mapu-Che. Difícilmente podré ni siquiera atisbarla cuando de su lengua, el mapudungun, apenas si conozco un par de vocablos, pero intentaré divisar alguna cosa a través de documentación en castellano y entre líneas¹². Prosigamos.

3. DERECHO EN LA HISTORIA: LOS PARLAMENTOS DE MAPU Y SUS TRATADOS HISPANOS

Una pista nos ha ofrecido la segunda ley citada de 1823, la que, para redimir cautivos, contemplaba las relaciones entre Chile y Mapu en términos sustancialmente internacionales con la frontera reconocida del Bío Bío por medio. Así era. Ahí estaba desde hacía un buen tiempo y aún seguirá por una buena temporada. Poco después, en 1825, se celebra un Parlamento General en Mapu con asistencia masiva de representantes indígenas y representación también de Chile en el que se llega al acuerdo de un Tratado. Es el Parlamento de Tapihue, el cual se desenvuelve en mapudungun produciendo un Tratado que se recoge por escrito en castellano¹³.

El Tratado entre Mapu y Chile resultante del Parlamento General de Tapihue de 1825 ofrece una imagen verdaderamente compleja, aparentemente esquizofrénica, de las relaciones existentes y acordadas entre ambas entidades políticas. Se parte en todo caso de la constancia de una dualidad que ahora viene literalmente a hermanarse para formar entre «los nuevos hermanos», mediante la «nueva hermandad», una sola «gran familia chilena» (art. 1), con frontera que hacia el sur se declara que llega hasta «los últimos límites de la provincia de Chiloé» (art. 2), lo suficiente para comprender el mismo Mapu, aunque bien distante de hecho de la marca del Cabo de Hornos ya establecida por unas Constituciones de Chile que el Tratado justamente no toma en consideración. Lo de «últimos límites» venía a encubrir la fantasía de que la provincia sureña llegaba sin discontinuidades tan lejos. En virtud de Tratado y no de Constitución es como ahora se fijan unas fronteras, las meridionales, tanto de Chile como también, por lo que se ve, dentro de la República misma. Tratados fundan entonces. Comienzan por el trazado de la geografía política, algo nunca natural ni dado aun entre cordilleras, ríos y océanos.

La entidad en común resulta compuesta. Se acuerdan relaciones bajo supuestos que resultan internacionales. «Ultra Bío Bío» es expresión de frontera (art. 8). El río la marca interior o más bien así exterior entre Chile y Mapu. Para su tránsito

12. HUIRIMILLA OYARZO, Juan Paulo: *Palimpsesto*. Temuco: Ñuke Mapuförlaget, 2001, por la idea que expresa el título de este libro de poemas Mapu-Che: la playa del mapudungun está bajo los adoquines del castellano, nunca éstos tan acoplados ni firmes como para no presentar de continuo fisuras y socavones.

13. MARIMÁN QUEMENADO, Pablo (comp.): *Parlamento y Territorio Mapuche*. Concepción: Escapate/Instituto de Estudios Indígenas, 2002, pp. 103-109 para el texto del Tratado de Tapihue de 1825 (el libro está en línea: http://www2.estudiosindigenas.cl/images_public/territorio.pdf). A estas alturas, si no me equivoco, es la primera vez que vuelve a imprimirse, tomándose el texto del anexo segundo del volumen 439 de la Biblioteca Americana José Toribio Medina (http://www.dibam.cl/biblioteca_nacional).

se necesita «pasaporte», expedido por el uno o el otro según la procedencia (arts. 22 y 30). «Embajadores» o «correos» forman parte del personal que puede transitar con un régimen especial de protección por ambas partes (arts. 25 y 27). A otros efectos, para presencias indeseadas, se prevé la práctica de la extradición en unos términos de reciprocidad que implican el reconocimiento de la jurisdicción penal de cada parte (arts. 9 y 18). Quienes, con la «línea divisoria» del Bío Bío (arts. 20 y 22), pertenecen a una u otra entidad política, las que así no se funden en absoluto por estar hermanándose, resultan identificados por el Tratado del modo más neto. Aunque entre todos se forme «la gran familia chilena» y aun debiendo así todos los hermanos, «todos los que ecsisten entre ambas líneas» y especialmente ultra Bío Bío, recibir un trato «como a ciudadanos chilenos» (art. 2), *naturales* son unos y *chilenos* son los otros (arts. 17-19).

Chilenos, como Chile, es apelativo que corresponde a gente al norte del Bío Bío o en la ciudad de Valdivia, no en rigor a la de Mapu o «la Tierra». Entre sí son «hermanos», formando «nueva familia», se dice y repite. El mismo Tratado registra que van a tener un régimen en común, el de un «Supremo Gobierno» conforme al derecho que siente el «Soberano Constituyente» al que todos habrán de quedar «sugetos», en una nueva Constitución por lo tanto (art. 5). He ahí la única soberanía expresa que comparece en el Tratado, ni de Chile en rigor ni de Mapu tampoco, sino común, aunque la supremacía de un gobierno que se entiende del primero comience por no responder a ello. Común es ante todo el acuerdo sustancialmente confederativo que se acepta con toda formalidad por parte indígena conforme a su propio derecho y procedimiento: «El Diputado de los naturales bajo la ceremonia más religiosa según sus ritos y costumbres jura unión y hermandad perpetua» (art. 4), una «amistad eterna» entre sí y con Chile que pasan a jurar a su vez «todos los Caciques» (art. 12), los lonkos en mapudungun. Un oficio de «Lengua General» mediará entre «los nuevos hermanos» para que puedan «entenderse y comunicarse» (arts. 13, 15 y 31). «¡Viva la Unión!», no ¡Viva Chile! como tampoco ¡Viva la Tierra! o ¡Viva Mapu!, es el grito en común con el que se sella oralmente el Tratado (art. 33). No es por escrito como se acuerda.

«Queda al arbitrio del Supremo Gobierno designar los tiempos en que a estos nuevos hermanos se haga un Parlamento general, mas ellos deberán concurrir en junta cuando el Gobierno para tratar de grandes negocios tenga a bien citarlos a dietas particulares» ésta es la previsión del artículo 29, la cual en todo caso no conduce al impulso de algún procedimiento de determinación constituyente con concurrencia de todas las partes mediante los oportunos Parlamentos y Tratados conforme a soberanía en común. Dicho de otro modo, a la luz de ese mismo artículo, nunca se produce dicho concreto «Parlamento General» tan singularizado que pudiera haberse entendido como Congreso Constituyente de una Confederación y que, según el Tratado, debiera haber sido convocado por la parte no indígena. Luego vamos a ver la base efectiva para el entendimiento confederativo por parte Mapu-Che. Por lo que a continuación ocurre, o más bien por lo que no ocurre, recordemos que no será por Constitución, sino mediante ley ordinaria, como se habilite a la Presidencia de la República de Chile con poderes discrecionales, con

dicho «arbitrio», para atender ese artículo 29 del Tratado con Mapu conforme al propio criterio de parte, no en conformidad con lo acordado según corresponde en la práctica internacional o también en la confederativa de Tratados.

La Constitución de Chile subsiguiente al Tratado con Mapu, la de 1828, no le hará honor ninguno, como tampoco la más decisiva, por duradera, de 1833. Por lo que hemos visto, ya sabemos que lo ignoran olímpicamente. Lo cual merece subrayarse. El Tratado del Parlamento de Tapihue representa un reconocimiento mutuo entre Mapu y Chile que el segundo, pues no el primero, desprecia y dilapidada. Y no cabe decir que fuera por ignorancia de lo que pudiera implicar un recurso que se hubiese improvisado. Los Parlamentos en mapudungun y sus Tratados en castellano venían notoriamente presidiendo las relaciones entre parte indígena de Mapu y parte hispana de Chile desde tiempos coloniales, concretamente desde mediados del siglo XVII. Y la práctica de Parlamentos o, con sentido más amplio y formal de reconocimiento mutuo, de *Koyagtun* era anterior en Mapu a la presencia hispana. Constituía una pieza clave de su sistema político. La visión española, al producirse la incorporación, había comenzado por singularizar la institución de los Parlamentos al escindirla de su contexto comprensivo de unas prácticas sociales de reconocimiento y reciprocidad de tal alcance político¹⁴.

La sociedad de Mapu se organizaba mediante relaciones familiares latas y expansivas a partir de comunidades de carácter no local, sino de ese otro carácter, pues su mismo hábitat era disperso, no concentrado en localidades. No conocía jerarquías políticas ni poderes centrales. La práctica de lo que los españoles llamarían Parlamentos Generales, con asistencia multitudinaria de autoridades comunitarias, era una de las principales formas de reproducción de unos vínculos confederativos que, frente a la misma presencia hispana, se demostraron sólidos y eficaces. Ante la evidencia de que no contaban con gobierno común de las comunidades ni siquiera a escala local, la parte de procedencia europea nunca entendió su habilidad de organización política ni su capacidad de resistencia militar. A lo más que llegaron unos cronistas hispanos, intentando comprender, es a parangonar el Mapu americano con el Flandes europeo, no menos resistente frente a la Monarquía española sobre bases también de orden confederativo, aunque no tan radical¹⁵. El caso es que, no consiguiendo conquistar el Mapu y optando entonces por la capitulación, la parte hispana se aviene a incorporarse a la práctica de lo que llamaron Parlamentos. Desde la perspectiva indígena venía a

14. BENGOA, José: *Historia de los Antiguos Mapuches del Sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII* (1985). Santiago: Catalonia, 2003, permitiendo esta conclusión aunque no llegue a ella.

15. ROSALES, Diego de: *Historia General de Chile. Flandes Indiano* (1674), cuya primera edición impresa es la de Benjamín Vicuña MacKenna. Santiago: Imprenta del Mercurio, 1877-1878, la cual se encuentra ahora disponible en la red: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0005271.pdf>. De ahí toma el concepto LÁZARO ÁVILA, Carlos: *Las fronteras de América y los Flandes Indianos*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1997, buen recordatorio de paso de lo discontinuo y desigual que fue en general el dominio español frente a ilusiones de entonces y también de ahora, tanto hispanas como criollas: RESTALL, Matthew: *Los siete mitos de la conquista española*. Barcelona: Paidós, 2004.

integrarse en el orden confederativo como una parte más en aquel orden de relaciones multilaterales ahora de indígenas y no indígenas, no sólo bilaterales entre unos y otros¹⁶.

En su incompreensión de una práctica, por parte de la Monarquía española se formó la idea de una relación bilateral mediante Tratados que, si no resultaban en todo equivalentes a los que se contraían entre entidades políticas de Europa, era por plantearse y desenvolverse, según su visión, en un pie de desigualdad. Pertenecen en todo caso a la misma categoría de un instrumento jurídico para la que no se dejaba de distinguir entre clases¹⁷. Las actas en castellano de la celebración de los Parlamentos a los que concurren representantes de la Monarquía, que fueron al menos una treintena entre mediados del XVII y principios del XIX, reflejan dicha posición singular con todas las dificultades de la afluencia multilateral¹⁸.

Unas actas las encabeza el texto en castellano presentado por parte de la Monarquía como si el mismo ya fuese el Tratado y ningún otro asunto hubiera de ventilarse por una asamblea. Según las mismas, preside y, en último término, resuelve la representación de la Monarquía, como si la práctica ya fuera criatura suya¹⁹. Suelen las actas proseguir con registro de las intervenciones de los centenares de autoridades comunitarias durante varios días como si tan sólo se refirieran al texto español en términos además cansinamente aprobatorios, cuando no laudatorios y agradecidos. No deja de constar que, como todo se desarrolla en mapudungun, media un «Comisario de Naciones y Lengua General» que presta fe de las

16. BENGEOA, JOSÉ: *Historia de los Antiguos Mapuches del Sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII*, pp. 159-170. Aun sin llegar tampoco a la idea de confederación mediante Parlamentos o ni siquiera a la consideración como tales de los Tratados, ha venido José Bengoá evolucionando hacia una apreciación de la consistencia y capacidad de la organización política Mapu-Che que resulta bastante superior a lo habitual tanto en la historiografía como en la antropología.

17. Es sabido que el Tratado de 1641 o más bien el texto resumido que transmite un cronista se recoge por ABREU Y BERTODANO, Joseph Antonio de: *Colección de los Tratados de Paz, Alianza, Neutralidad, Garantía, Protección, Tregua, Mediación, Acesión, Reglamento de Límites, Comercio, Navegación. Hechos por los Pueblos, Reyes y Príncipes de España, con los Pueblos, Reyes, Príncipes, Repúblicas, y Demás Potencias de Europa y Otras Partes del Mundo*, etc., cuyos volúmenes se publican entre 1740 y 1752 y de los que hay ahora edición en CD-Rom: ANDRÉS GALLEGU, JOSÉ (cuidador): *Tratados Internacionales de España, CD II, 1700-1902*. Madrid: Fundación Tavera, 2000.

18. LEÓN, Leonardo: «El Parlamento de Tapihue», 1774, cuaderno de *Nütram: conversación-palabra-historia*, 32, 1993 (en línea: http://www2.estudiosindigenas.cl/images/_publ/MC0000975.pdf); «Parlamentos y afuerinos en la frontera mapuche del río Bío Bío (Chile), 1760-1772», *Fronteras de la Historia*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 11, 2006, pp. 87-119 (también en línea, en la Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México: <http://redalyc.uaemex.mx>). Para un estadillo de Parlamentos hasta 1825 inclusive: http://users.skynet.be/reino-del-mapu/tratados_en_chile.htm; para un registro de trabajos de grado sobre el particular: <http://www.conicyt.cl/bases/bibfon/7/9/970279.html>.

19. Perspectiva que aún se revitaliza en la academia cuando viene a considerarse seriamente el asunto: LEVAGGI, Abelardo: *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Aunque no la asuma, tampoco la supera, abordando los Tratados sin adentrarse en sus contenidos o no tomándoselos así realmente en serio como tales, WEBER, David J.: *Bárbaros. Los españoles y sus salvajes en la época de la Ilustración* (2005). Barcelona: Crítica, 2007.

traducciones simultáneas para la presentación del texto y para las intervenciones en la asamblea, no para el registro de las actas en castellano. De lo más expresivas son las del Parlamento de Negrete de 1803, el último colonial, importante de por sí pues representa el estado del derecho de las relaciones entre Mapu y Chile antes de la independencia, el vigente por tanto para la parte indígena hasta los acuerdos del Parlamento General de Tapihue en 1825²⁰.

El texto de la propuesta que las actas españolas toman sin más como Tratado, el de Negrete de 1803, resulta en cuanto tal extraño por el lenguaje político que pone en juego. Resalta que por parte de «la Tierra» se reconoce «la soberanía» de la Monarquía española prestándosele «vasallaje» como si tal fuera la clave de las relaciones, además tan sólo entre dos partes, «ambas naciones», la americana y la europea, presidiendo siempre ésta en la persona del representante del Monarca. La multilateralidad confederativa desaparece de las actas. A otros supuestos respondería la misma celebración de la asamblea. Habla la parte no indígena en 1803: «Que este Parlamento haga época en los tiempos más remotos a vuestra posteridad, como un fundamento invariable de todos sus tratados y de la protección de nuestro Soberano a que os hareis acreedores por vuestra subordinación y obediencia». Existe ya también el lenguaje de distinción de «los naturales» como «hermanos» de los no indígenas, pero su valor palidece bajo el peso de la soberanía y el vasallaje, la subordinación y la obediencia.

Para la parte que no conocía ni autoridades superiores ni jerarquías políticas se trataba de pronunciamientos perfectamente vacuos y sin posible sentido. No había palabras en mapudungun para traducir soberanía ni vasallaje, como tampoco subordinación ni obediencia en la significación política del caso, y esto desde luego no porque aquejase a esta lengua alguna limitación, sino porque no se tenía la necesidad. Lo extraño era al fin y al cabo un concepto como el europeo de la soberanía, y más aún con sus implicaciones de subordinación y obediencia, y no que se careciera del mismo. Faltaba la palabra porque repugnaba la categoría. Y esto constaba. El Comisario de Naciones y Lengua General podría ahorrarse hasta la perífrasis. No tenía sentido alguno el intento de traducción simultánea de soberanía ni de vasallaje.

De hecho, aquel tipo de lenguaje, no digo todo el instrumento, no se dirigía a contraparte indígena, sino a congéneres coloniales. Aquella Monarquía lo que intentaba era preconstituir pruebas de imperio frente a las potencias coloniales europeas que no reconocían la investidura pontificia como título de dominio, lo que era particularmente entonces el caso de Gran Bretaña. A este público y no al Mapu miraba el lenguaje soberanista y vasallático de aquel presunto Tratado, el del texto en castellano²¹. Las actas por su parte prosiguen como si las intervenciones o

20. MARIMÁN QUEMENADO, Pablo (comp.): «Parlamento y Territorio Mapuche», pp. 87-101; LEVAGGI, Abelardo: «Tratado hispano-mapuche de Negrete de 1803», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 26, 2004, pp. 553-559; más completa, por incluir la integridad de las actas conservadas, resulta la edición del primero, que es la que además se ofrece en Internet: <http://www.mapuche.info//mapuint/ParlaNeg020400.html>.

21. Ya se ha hecho ver respecto al famoso requerimiento de tiempo antes, que se dirigía a indígenas en lengua europea invocándose el título pontificio para brindarles religión y amenazarles con

«parlas» indígenas sólo se produjeran para la aprobación de este texto en castellano. Ya comenzaban las actas por confundir la naturaleza del mismo documento, el que constituía base y objetivo de la asamblea tan sólo para la parte hispana. Hay intercambios de obsequios y otros actos ceremoniales a los que no se les confiere por las actas mayor significación frente a toda la evidencia de su valor político por entonces. No sólo la lengua era lenguaje²².

El Tratado consiste por supuesto en lo que se acuerda oralmente en mapudungun y se traduce del mismo modo, de forma oral, por el Comisario de Naciones como Lengua General o por sus lenguas particulares, los intérpretes durante la asamblea. Esto constaba en Mapu como también a las autoridades coloniales. Se ignora por los archivos en castellano y por la historiografía que ni siquiera se plantea la conveniencia del manejo del mapudungun. Entre líneas se tiene algo en las mismas actas hispanas.

El texto del Tratado del Parlamento de Tapihue, el de 1825 con Chile, resulta todavía más elocuente por sí mismo y, sobre todo, por contraste con el precedente de 1803. Su lenguaje político es otro. Refleja un fondo de pie formal de igualdad ausente o más bien opaco en unas actas coloniales. Este otro, el de 1825, parece encontrarse mucho más cercano a lo que previsiblemente se expresara y acordase en mapudungun. El vínculo político básico, el constituyente, es de «perpetua hermandad» en el seno de una «gran familia chilena», como ya sabemos, lo cual se haría bien en no entender como concesión a quienes carecerían de otras categorías o, menos aún, como huera licencia retórica. Era expresión de fondo de todo un orden confederativo que pudiera realmente compartirse entre indígenas y no indígenas. Tampoco parece que proceda entenderse la categoría de ciudadanía de la Constitución siguiente, la de 1828, o de la más definitiva de 1833 como algo superior en lo que pudiera subrogarse la hermandad del Tratado de 1825²³. En cuestión de cabidas resulta más bien lo inverso. La perspectiva confederativa de unos Tratados presentaba una capacidad de inclusión desconocida para la posición estatal de las Constituciones. En Mapu se tenía la mejor constancia de la potencialidad, como se tendrá la peor de la cancelación. Se sufrió realmente en carne propia.

La práctica de los Parlamentos entre Mapu y Chile no se agota en Tapihue. Las Constituciones de parte no bastan para cancelar unos Tratados. La habilitación vista

guerra, y otros actos en apariencia absurdos para una perspectiva actual: SEED, Patricia: *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

22. Compárese, por su apreciación de este extremo para otros casos, WILLIAMS Jr., Robert: *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. Oxford University Press, 1997.

23. Ninguna de dichas Constituciones tiene un capítulo «De los Ciudadanos» como el referido de 1822, pero no dejan de identificar la ciudadanía en el «De los Chilenos» (caps. II y IV respectivamente), sin expresión ninguna de exclusión ni inclusión indígenas. Una disposición de la de 1833 excluye implícitamente al Mapu, pero no en los términos que debiera, como ciudadanía distinta por confederada mediante Tratado (art. 9: «Nadie podrá gozar del derecho de sufragio sin estar inscrito en el registro de electores de la Municipalidad a que pertenezca...», institución que ahí no existía).

de la ley de 2 de julio de 1853 a la Presidencia de la República para que, «atendidas sus circunstancias especiales» (las de «los territorios habitados por indígenas»), actúe a su discreción ofrece también cobertura para la prosecución de la práctica de los Parlamentos ya prevista en el mismo Tratado de 1825. El hecho es que se mantiene²⁴. A lo largo del XIX sus manifestaciones evolucionan en una línea de reposición de los términos coloniales con lenguaje ahora estatal. Hay intentos de celebrarlos incluso tras la derrota militar de Mapu, a mediados de los años ochenta, ahora para que los supervivientes aceptasen una política de reducción a poblaciones con abandono del hábitat disperso para el expolio del territorio y su entrega a colonos europeos²⁵. Entre dichos amagos ya por supuesto no se encuentra término que pudiera proceder del mapudungun. Pese a quienes pese, perezcan cuantos y cuantas perezcan, la República de Chile definitivamente opta por ser un país europeo en geografía americana²⁶.

Es la fase desde luego decisiva, pero de la que ya he dicho que aquí no nos interesa tanto en sí como en cuanto quiebra de relación de Tratado. Estamos contemplando un reconocimiento mutuo y más en particular el de Chile por parte de Mapu, el que acaba dilapidándose y no precisamente por responsabilidad Che²⁷.

4. HISTORIA EN EL DERECHO: COMISIONES DE ESTUDIOS, INFORMES OFICIALES E INVOCACIONES DE VERDAD PARA UN NUEVO TRATO

El reconocimiento mediante Tratado por Mapu, junto a la posterior ruptura unilateral del arreglo por parte de Chile, no es un asunto, porque se signifique, singular, sino más bien al contrario. Estamos ante la historia usual de la defraudación de acuerdos con Pueblos indígenas por Imperios coloniales y Estados

24. Aun sin entenderla como confederativa, PINTO RODRÍGUEZ, Jorge: *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión* (2000). Santiago: Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos/Centro de Investigación Diego Barros Arana, 2003 (esta segunda edición ampliada se encuentra en línea: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0027516.pdf>), p. 80: «En realidad, los parlamentos nunca fueron abandonados... a partir del de Tapihue de 1825, parecen haber recobrado la importancia que habían tenido en los años previos al conflicto» de la independencia que entre Mapu y Chile fue sangriento.

25. Evidencia también de todo ello ofrece BENGÓA, José: *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX* (1985). Santiago: Lom, 2000. Para perspectivas distintas entre sí sobre la otra vertiente de los Andes, BRIONES, Claudia y CARRASCO, Morita: *Pacta sunt servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2000; LEVAGGI, Abelardo: *Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina. Siglos XVI-XIX*. Buenos Aires: Universidad del Museo Social Argentino, 2000, pp. 167-560.

26. BLANCPAIN, Jean Pierre: *Immigration et nationalisme au Chili, 1810-1925. Un pays à l'écoute de l'Europe*. París: L'Harmattan, 2005.

27. MILLER, Bruce Granville: *Invisible Indígenas: The Politics of Nonrecognition*. Lincoln: University of Nebraska Press, 2003, pp. 197-200 para el Mapu. Confróntese, pues retorsiona responsabilidades al extremo de culpabilizar hasta por genocidio a las víctimas, ROBINS, Nicholas A.: *Native Insurgencies and Genocidal Impulse in the Americas*. Bloomington: Indiana University Press, 2005.

constitucionales no sólo en América, sino también a lo largo y ancho de otros continentes. Se trata de un asunto internacional por partida doble. En primer lugar, porque como tal se plantea entre las partes, según hemos visto entre Mapu y Chile. En segundo lugar, porque su expansión lo es, encontrándose el caso bastante generalizado en el seno de la humanidad desde tiempos coloniales. En los que ya vienen a ser de descolonización, Naciones Unidas afronta el asunto. Y habrá de hacerlo Chile. Veamos.

4.1. Naciones Unidas

Naciones Unidas es una organización de Estados, pero que a estas alturas contiene en su seno foros donde se hacen presentes otros colectivos humanos, por ejemplo los indígenas. Su presencia hoy es notable, aunque muy desigual, en el ámbito de los organismos internacionales y del propio derecho internacional²⁸. He ahí entre otros foros en el ámbito de Naciones Unidas un específico Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas que estuvo encargándose desde hace un cuarto de siglo, por mandato de la Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos, de la preparación en particular de una Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y, más en general, de los debates y estudios pertinentes para la elucidación del asunto. Entre ellos no ha faltado uno dedicado a los Tratados, en el cual, aunque lo cierto es que se le presta una mínima, por no decir mísera, atención al área latinoamericana, no deja de registrarse el caso significado de Mapu²⁹.

Se nos introduce asegurándose que los acuerdos resultantes de los Parlamentos de Mapu son Tratados a pesar de que un tratamiento académico de carácter «estatócentrico» venga a negarle esa categoría por su «naturaleza colonial» en el contexto hispano de dominio impuesto y no de acuerdo concertado. Pues saldríamos entonces de lo que suele entenderse por colonialismo en América, que sólo sería el europeo, no se toma cuenta de la existencia de Tratados de Mapu con Chile tras la independencia. Mediante los Parlamentos, como «conferencias de paz» entre «naciones», es sólo España quien habría reconocido «la soberanía y la independencia» de Mapu, pero nada se nos participa acerca de que Chile celebrase Tratados equivalentes, merezcan esa valoración o alguna más matizada. Si la situación se mantuvo durante parte del siglo XIX, se nos dice que fue por prolongarse el estado de cosas sentado por el último Parlamento colonial, el de 1803. Se relata también cómo se liquida dicha situación por parte de Chile a

28. Para ubicarse respecto a los mismos materiales que siguen, debiendo tan sólo añadirse la novedad de la aprobación por Naciones Unidas de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la que me ocuparé por supuesto, ANAYA, S. James: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, que es traducción puesta al día.

29. MARTÍNEZ, Miguel Alfonso (Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías): *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas*, 1992-1996, en línea en sitio oficial de Naciones Unidas: <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties.htm>, entrada del Alto Comisionado (hoy Alta Comisionada) para los Derechos Humanos ofreciéndose ahí links a sus cuatro largas entregas.

través de la guerra y el expolio, pero en esto ya no entra problema alguno de ruptura de Tratado que habría sido con la colonia y no con el Estado, no con Chile³⁰.

«El origen, causas y desarrollo de estos instrumentos jurídicos (de Parlamentos de Mapu) podría compararse prima facie y desde ciertos puntos de vista, a los de ciertos tratados indígenas en los territorios británicos y franceses de Norteamérica», esto es, a otros casos «coloniales», pues no se hace referencia al supuesto, en el que el propio estudio se extiende, de los *Indian Treaties* o Tratados Indios de los Estados Unidos³¹. La responsabilidad aplicable al caso de Chile recaería así sólo en Europa: «Al establecer unas relaciones jurídicas formales con los pueblos de ultramar, las partes europeas se daban cuenta cabal de que estaban negociando y entablando relaciones contractuales con naciones soberanas, con todas las implicaciones legales que tenía ese término», bien que «los nuevos arribantes trataron de despojar a los pueblos indígenas de sus atributos soberanos, en particular de la jurisdicción sobre sus tierras, del reconocimiento de sus diversas formas de organización social y de sus estatutos como sujetos de derecho internacional»³². ¿Dónde queda entonces para Chile el compromiso contraído mediante Tratados y la responsabilidad subsiguiente por su ruptura? Queda incógnito y sin posibilidad de conocerse, pues ni siquiera se ha registrado el supuesto³³. Unas conclusiones

30. MARTÍNEZ, Miguel Alfonso: *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Tercer informe* (1996), parágrafos 25 y 145-170.

31. Para registro cumplido de edición posterior o para el informe final, simultánea, DELORIA Jr., Vine y DEMALLIE, Raymond J. (eds.): *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions, 1775-1979*. Norman: University of Oklahoma Press, 1999. Con la perspectiva todavía colonial que acusa su subtítulo, la exposición más completa la ofrece PRUCHA, Francis Paul: *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly*. Berkeley: University of California Press, 1994.

32. MARTÍNEZ, Miguel Alfonso: *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Informe Final* (1999), parágrafos 109-112; y véase también la nota 36 por la tendencia elusiva que acusa: «En febrero de 1998 las autoridades mapuches de la actual provincia chilena de Cautín presentaron solemnemente al Relator Especial importante documentación relativa a cierto número de esos parlamentos. Hasta junio de 1998 sólo se ha podido realizar un examen inicial de esa documentación», lo que se dice en el informe de cierre. Ha vuelto al asunto sin acordarse de ese pendiente, entre otras ocasiones en 2003: MARTÍNEZ, Miguel Alfonso: *Documento de Trabajo preparado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos encargado del Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas*, en línea: <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties/E2003-92S.pdf>. Tampoco se plantea la revisión más general de unas posiciones que suponen escasa la práctica de Tratados por el colonialismo hispano frente a evidencias como las masivas aportadas por Abelardo Levaggi.

33. Ante la misma insatisfacción provocada por el *Estudio sobre los Tratados* y no sólo por proseguirse el trabajo, han venido sucediéndose seminarios por iniciativa o con los auspicios del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; así, <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties.htm>, que es el sitio ya citado como vía de entrada al propio *Estudio*; KUPE, René y POTZ, Richard (eds.): *Law and Anthropology. International Yearbook for Legal Anthropology*, 12, 2004, *Indigenous Peoples, Constitutional States and Treaties or other Constructive Arrangements between Indigenous Peoples and States*; en el primero, el más oficial, se le prestó atención al caso Mapu-Che: IBARRA,

apreciativas del valor jurídico actual de estos instrumentos, incluso de los procedentes de tiempos coloniales, difícilmente le serían aplicables³⁴.

Existe otro informe sobre derechos indígenas procedente de instancias de Naciones Unidas referido específicamente a Chile. La Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos cuenta entre sus oficinas de relatores especiales una que se documenta e informa sobre «los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas». En 2003 rinde visita a Chile y el informe subsiguiente. El asunto de los Tratados no escapa a su atención, aun no utilizándose el término en momento alguno. Figura en un apartado de «Antecedentes históricos y contexto: Hacia un nuevo trato para los pueblos originarios». He aquí la entrada:

Varios intentos de los españoles por someter a los mapuches fracasaron, y a lo largo de diversos acuerdos —Parlamentos— la Corona reconoció la independencia de estos pueblos, respetando su soberanía territorial al sur del río Bío Bío que resultó ser una auténtica pero porosa frontera entre dos sociedades, dos culturas. Durante la primera mitad del siglo XIX la República Chilena mantuvo la misma relación con la nación mapuche, sin embargo, poco a poco las incursiones chilenas en la región fueron debilitando la soberanía indígena y generando diversos conflictos³⁵.

Eso es todo sobre el asunto de los Tratados por parte del Relator Especial sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas de Naciones Unidas. Mirándose con sensibilidad hacia un futuro de necesario nuevo trato, pero sin consideración de título de derecho que pudiera venir del pasado por razón tan consistente como la de Tratados reiterados por las partes en presencia y quebrados por una de ellas, a la cuestión no se regresa ni para conclusiones ni para recomendaciones.

4.2. *República de Chile*

A principios de 2001 se forma en Chile, por encargo presidencial, una Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato que rinde su informe poco tiempo después, a finales de 2003. Verdad de historia y novedad de relación se refiere a

Mario: *Algunas reflexiones y notas a propósito de algunos tratados, en este momento no reconocidos, firmados entre potencias coloniales o Estados actuales y pueblos indígenas*, en línea por la referida entrada de Naciones Unidas: <http://www.unhchr.ch/indigenous/ibarra-BP13.doc>.

34. MARTÍNEZ, Miguel Alfonso: *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Informe Final*, parágrafo 271: «El Relator Especial considera que, en efecto, esos instrumentos (los tratados y otros instrumentos jurídicos concertados por colonizadores europeos y sus sucesores con naciones indígenas) mantienen su valor original y siguen siendo plenamente vigentes y, por consiguiente, son fuente de derechos y obligaciones para todas sus partes originales —o sus sucesores— que deberán respetar su disposición de buena fe».

35. STAVENHAGEN, Rodolfo: *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. Misión a Chile*, 2003, apartado II (en línea: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/170/94/PDF/G0317094.pdf?OpenElement>). Luego me referiré al detalle, pues no media obligación, de la respuesta oficial del gobierno chileno.

indígenas en exclusiva enfrentando el reto de superar mentira establecida y viejo trato³⁶. Es informe respecto a indígenas y para con indígenas, de Comisión constituida para indagar en la historia de las relaciones de Chile con los Pueblos indígenas y para proponer los términos de una nueva política, para que así procediera, además de a indagaciones, a recomendaciones conforme a sus resultados. Ambos objetivos se consideran cubiertos al cabo de tres años. Entonces se hace entrega de un cumplido y dilatado Informe General y, por el funcionamiento de diversos grupos de estudios y la formulación de algunos votos particulares, de varios informes más. Veamos lo que se refiera al Mapu y sus Tratados.

El abordaje de los Parlamentos por parte del Informe General comienza por perfilar un escenario que les resulta bastante halagüeño:

Toda la institucionalidad surgida en la frontera, desde el siglo XVI en adelante, es una institucionalidad gestada en ese espacio a partir del diálogo entre los actores; y en este sentido, entonces, el mapuche no habría sido nunca un objeto de conquista, sino al contrario, un sujeto que resiste la guerra, y que después de ganarla, muestra una inmensa capacidad de diálogo en la consecución de acuerdos que le permitan vivir pacíficamente,

concretándose enseguida al asunto:

Tradicionalmente se ha entendido el parlamento como una estructura socio-política implantada por la corona española, y que, por lo tanto, supone un mecanismo de aculturación y subordinación de los mapuches hacia los españoles. Sin embargo, un análisis diferente, podría liberar al parlamento de esta perspectiva unidireccional, considerando el carácter interactivo de todo contacto interétnico,

por lo cual puede comprenderse su relevancia actual: «Las organizaciones indígenas mapuches han asumido con mucha fuerza la importancia de los Parlamentos, como fuente de legitimación de sus demandas territoriales y culturales»³⁷.

En ello se abunda añadiéndose precisiones.

36. En la práctica comparada de Comisiones de Verdad (véanse ROTBERG, Robert I. y THOMPSON, Dennis [eds.]: *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton: Princeton University Press, 2000; HAYNER, Priscilla B.: *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*. Nueva York: Routledge, 2002; y el sitio *Alertanet. Derecho y Sociedad*: <http://alertanet.org/verdad.html>), esta Comisión chilena, no mirando sólo a regímenes o episodios racistas o dictatoriales próximos, realmente se singulariza hasta el punto de que no viene a recibir de momento, como si fuera un cuerpo extraño, la consideración debida: PHELPS, Teresa Godwin: *Shattered Voices: Language, Violence, and the Work of Truth Commissions*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2004. Ninguna de estas publicaciones deja naturalmente de considerar la otra Comisión de Verdad en Chile, la referida a la dictadura, la Comisión de Verdad y Reconciliación que rindió informe en 1991. Hay sitio oficial chileno de derechos humanos que incluye este informe y no aquél, no el referido a indígenas: <http://www.ddhh.gov.cl>.

37. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2003, que se tiene completo en Internet: <http://www.serindigena.org/territorios/recursos/biblioteca/monografias/historia>, *Informe General*, vol. I, pp. 363-366, con notas de citas y hasta debates, a lo que también atenderé.

Si bien es cierto que en estos tratados (entre los siglos XVI y XVII) los mapuches debieron asumir múltiples obligaciones, los parlamentos coincidieron en reconocer la frontera en el Bío-Bío, la que ninguno podía cruzar sin el permiso del otro, diferenciando así los territorios y jurisdicciones de ambos pueblos. Se trataría entonces de un tratado internacional entre naciones soberanas,

enfoque que «en los últimos años ha sido apoyado por distintas instancias nacionales como internacionales». Ante esto, el Informe General se apresura a asegurar que en Chile tales Tratados no conservan valor jurídico alguno, concediéndose tan sólo que «debieran ser tomados en cuenta como un antecedente de la mayor importancia frente a situaciones de controversia contemporánea»³⁸. A efectos de unas evidentes reservas, lo más significativo parece ser que no se entre prácticamente para nada en Tratados del siglo XIX, ni en el último colonial, el de 1803, ni, menos aún, en el de 1825 y sucesivos ya celebrados entre Mapu y la República de Chile. Aún así, se señala, sin referencia explícita a Tratados, una continuidad: «Se mantienen las mismas relaciones fronterizas del periodo colonial, el mismo sistema de administración y también un ejército de fronteras de características similares al colonial»³⁹. Con la insistencia en el colonialismo para un encuadramiento, el panorama va ciertamente resultando menos halagüeño.

El Parlamento de 1825 aparece sorpresivamente, pues no lo hecho antes, en las Recomendaciones:

Entre el río Bío Bío y el río Cruces se mantiene un reconocimiento genérico de la propiedad indígena sustentado en la ocupación ancestral y que, al igual que en el periodo colonial, quedó establecido en un parlamento adoptado en la localidad de Tapihue en 1825,

añadiéndose ahora en nota expresivas citas literales de su Tratado que van bastante más allá, por sus implicaciones constituyentes, del «reconocimiento genérico de la propiedad». Pero, aun teniéndosele ante la vista, de tal vertiente principal del Tratado, la que importa, pues le retan, al constitucionalismo chileno, no se dice nada. En esto las Recomendaciones guardan coherencia con el Informe. Es la cuestión de la propiedad la que preocupa a las mismas. El derecho indígena se califica como consuetudinario aseverándose que la Ley Indígena, la de 1993 con

38. *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, p. 366 dicha, con referencia, respecto al valor actual de los Tratados, «nacional» al Aukiñ Wallmapu Ngulam (Consejo de Todas las Tierras; para noticia: <http://www.xs4all.nl/%7Erehue/art/jmar2.html>) e «internacional» al *Estudio sobre los Tratados* de Naciones Unidas, bien que sin dejar de añadir que en éste se matiza: «El estudio de Miguel Alfonso Martínez muestra sin embargo las diferencias importantes que hubo entre los tratados firmados por la Corona Británica y los acuerdos en Parlamentos y otras formas de reconocimiento que realizó la Corona Española y Portuguesa. Es por ello que muchos tratados en Canadá y Estados Unidos tienen vigencia legal y, en cambio, en América Latina la situación adquiere una mayor complejidad», sin ofrecerse mayor aclaración.

39. En el Informe General, en su parte sustantiva (ahora veremos *Recomendaciones*) al Parlamento de Negrete de 1803 sólo se alude, sin otra consideración que la de dicha continuidad, por un par de notas (vol. I, p. 364, n. 41, y p. 381, n. 70). De los Tratados con Chile no hay trazas por dicha parte sustantiva.

sus reformas, sólo lo subordina a «los derechos fundamentales». La formulación adviene en un contexto que, con toda la contradicción, lo supedita a ley tanto en general como, respecto a propiedad, muy en particular:

La Comisión constata que el derecho consuetudinario se encuentra acogido de diversas formas en nuestro ordenamiento jurídico (*secundum, praeter y contra legem*) con el solo límite del respeto a los derechos fundamentales (vid. Ley Indígena). Esto —en particular— deja fuera del derecho consuetudinario indígena el derecho penal sustantivo y las regulaciones de la propiedad (ambos garantizados por el principio de legalidad).

No deje de observarse que los Tratados ya no comparecen pese a haberseles referido precisamente a propiedad⁴⁰.

En las Recomendaciones se le dedica un apartado especial al caso de las tierras de Mapu afrontando el asunto sensible del expolio: «Es opinión de la Comisión que deben generarse mecanismos de reparación y, en lo posible, de restitución de las tierras mapuches cuando, en conformidad a los antecedentes, hubiere mérito para ello». Siguen no sólo constancias, sino también cautelas:

La Comisión adquirió la convicción que esos mecanismos y circunstancias (de adjudicación de tierras indígenas a no indígenas) fueron en muchos casos ilegales, y no fueron detenidos en su momento por la falta de acceso a la justicia de los afectados y por las barreras culturales que les impedían tutelar debidamente sus derechos e incluso comprender las transgresiones de que eran víctimas. Las profundas diferencias culturales operaron en este caso como obstáculos para que los propósitos perseguidos por la titulación se cumplieran a cabalidad. Esas diferencias culturales y la privación de los integrantes de los Pueblos Indígenas, fueron usadas como ventajas ilegítimas —bajo la ley entonces vigente— por sujetos plenamente integrados. No se le escapa a la Comisión que esas situaciones —reprochables en su origen— han sido saneadas, desde el punto de vista del sistema legal, por la prescripción.

Así se absuelve a quienes se aprovecharon y aprovechan del expolio al tiempo que se endosa una buena cuota de culpa a las víctimas transmutando su incapacidad política tras la conquista en ignorancia cultural de siempre. Se les presume nada menos que incapaces de «comprender las transgresiones» que sufrían⁴¹.

40. *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, *Recomendaciones*, pp. 603 y 642. Y conviene compulsar el par de pronunciamientos pertinentes de la Ley Indígena, ninguno de ellos en los referidos términos de limitación única por «derechos fundamentales»; sobre cultura, en art. 7: «El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público»; sobre costumbre, en art. 54: «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».

41. *Recomendaciones*, pp. 641-648: *Respuestas y recomendaciones relativas a la situación de las tierras mapuches*. Soy testigo presencial de la reacción primaria de indignada sorpresa de personas de procedencia chileno-alemana criadas en los Estados Unidos ante la maleducada revelación de que sus ancestros fueron a ocupar un territorio recién despoblado a sangre y fuego, haciéndose cómplices, al participar en el botín, de un despojo genocida y no así titulares legítimos de un derecho sobre la tierra.

Queda en todo caso para la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato una responsabilidad más colectivizada y difusa del Estado sin que a dicho propósito hagan ya nunca los Tratados acto de comparecencia entre las piezas del Informe General y sus Recomendaciones. A efectos concretos de posibilidad de reparación, la responsabilidad sólo debiera jugar, según la Comisión de Nuevo Trato, para casos que, por una vía no judicial, sino tan sólo administrativa de un carácter además especial y temporal, pudieran probarse ilegítimos conforme al derecho chileno de entonces y no respecto al mismo despojo por conquista y a la expropiación por legislación de colonización. Lo segundo resulta que ampara y sana a lo primero⁴². En el juego de la misma lógica, la Comisión acepta que la República de Chile ha cometido genocidio, pero sólo de cara a unos pueblos australes completamente extinguidos, no a quienes, por contar con sobrevivientes, pudieran tener en consecuencia título a reparación y devolución⁴³.

Los comisionados Mapu-Che emiten reporte particular que se incluye entre los anexos del Informe General. Su visión es distinta respecto tanto a los Tratados históricos como al derecho actual y a la vinculación entre lo uno y lo otro en lo que interesa a la tierra:

Los Tratados o Parlamentos cubrían los derechos territoriales que actualmente reivindican las comunidades Mapuche. Los Derechos de tierras y territorios fueron reconocidos y ratificados a partir de los Tratados, como instrumentos jurídicos que reconocían dominio, soberanía y gobernabilidad, y se efectuaban en base al principio del consentimiento libre e informado de las

42. *Respuestas y recomendaciones relativas a la situación de las tierras mapuches*, p. 646: «La Comisión ha alcanzado la convicción que pesa sobre el Estado de Chile —y sobre toda la comunidad política— un deber de reparación en aquellos casos en los que se acredite que en las sucesivas transferencias de propiedad hubo defectos procedimentales que a la luz de la ley entonces vigente resultaban ilegítimos. Esta no es una reparación jurisdiccional, sino una reparación que debe ser alcanzada mediante mecanismos administrativos», pasando a concretar esta propuesta de reducción a ámbito interno e intentado así abstraer el asunto a justicia hoy más abierta además de accesible (MACKEY, Fergus: *Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2002; THORNBERRY, Patrick: *Indigenous peoples and human rights*. Manchester: Manchester University Press, 2002; ROLDÁN, Roque: *Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*. Quito: Abya Yala, 2004; ANAYA, S. James: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*).

43. *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, pp. 525-579, «Los Pueblos Indígenas del Extremo Sur»; *Recomendaciones*, p. 584, refiriéndose a consecuencias para el presente acreditadas por el Informe General sobre la verdad histórica respecto a indígenas: «reducción territorial, fragmentación social, pérdida patrimonial, pérdida de vigencia de sus sistemas normativos propios, pérdida de sus idiomas por políticas de castellanización forzosa, y hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aónikenk y Selk'man, que fueron objeto de un verdadero genocidio», prescindiéndose con ello de que la tipificación de este delito por el derecho internacional de derechos humanos también alcanza a dichas otras políticas que no llegan a la completa extinción física; p. 619, «Propuestas y Recomendaciones relativas a los Pueblos Extintos», la única entonces, bajo tales supuestos, imaginable de que «la comunidad nacional debe honrar la memoria» para que «nunca más tengan lugar hechos» tales. Podrá compulsarse CLAVERO, Bartolomé: «Genocide and Ethnocide: Shoah, Maafa, and Pachakuyuy», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 37, 2008.

partes; la bilateralidad constituía la condición esencial para su legitimidad y exigibilidad de las partes que los convenían.

Con esto, la visión sobre la responsabilidad del Estado y el derecho a la reparación ha de ser también forzosamente otra, más contundente por más rigurosa. Un principio general puede entonces sustentarse: «La celebración de los Tratados representa la primera fuente del reconocimiento jurídico del derecho a la libre determinación»⁴⁴.

Entre los anexos del *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato* aparece uno extensísimo que se dice «autónomo» de una Comisión de Trabajo Mapuche con tratamiento dilatado del capítulo de tierras ofreciendo noticia de Parlamentos, inclusive del último colonial de 1803 y del celebrado con Chile en 1825, aquel sobre el cual guarda en cambio silencio el Informe General en su parte sustantiva, y resaltándose además su significación histórica como base de partida de las relaciones institucionales entre Mapu y Chile. La información es abundante, pero en momento alguno se adentra en la construcción jurídica del caso mismo del título a la tierra ni a otro efecto a partir de la evidencia de los Tratados, y esto pese a que se dedica también un largo capítulo a los fundamentos del derecho Mapu-Che. Para el extremo que estamos considerando, lo más interesante parece el contraste mismo entre Informes, el general y los particulares⁴⁵.

Todo parece indicar que la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato ha tenido ante su vista la evidencia bien palpable de la significación constitucional o, mejor, internacional del Tratado de Tapihue de 1825 entre Mapu y Chile y ha preferido, por así decirlo, mirar hacia otro lado, lo que resulta al fin y al cabo congruente con sus posiciones sobre el derecho a la tierra y a la reparación⁴⁶. Así y todo, la información oficial de Chile no sólo es que rehuya las recomendaciones, sino que llega incluso a hurtar el testimonio al cabo bien elocuente de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato⁴⁷. En el contexto que se nos va

44. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Bibliografía y Anexos*, vol. I, 8 pp. (la paginación de estas piezas es propia y no corrida): *Posición y recomendaciones de los comisionados José Llancañán Calfucura, Aucan Huilcaman Paillama y Galvarino Reiman Huilcaman, sobre el Informe de Verdad y Nuevo Trato*, apartado 4: «Los Tratados, la Soberanía y los Derechos Territoriales del Pueblo Mapuche». Menos rigurosamente, sin atender las salvedades respecto a Latinoamérica en general y al Mapu en particular, el voto particular alega al propósito la conclusión vista del *Estudio sobre los Tratados* de Naciones Unidas sobre su valor normativo en la actualidad.

45. Para ulteriores comentarios, hay introducción en el archivo de publicaciones del Centro de Documentación Mapuche Ñuque Mapu: <http://www.mapuche.info>.

46. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. II, tomos II y III, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cap. II: «Territorios y Tierras Mapuche»; cap. III: «Fundamentos y Manifestaciones del Derecho Mapuche».

47. Ya está advertido respecto al sitio gubernamental de derechos humanos (<http://www.ddhh.gov.cl>); si se tiene tiempo que perder, invito a rastrear el asunto por la buena información oficial de Chile en Internet o por ese concreto sitio. Conforme a recomendaciones de la Comisión de Verdad y Reconciliación, la que tratara de los crímenes de la dictadura, se creó en 1992 una Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación cuya consideración como tal, en sus aspectos específicos, al caso Mapu-Che, caso de «personas de origen mapuche» en su nada inocente perfrasis, fue tan nimia que puede decirse prácticamente nula: http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_

poniendo de manifiesto, el dato de que disguste oficialmente puede ser por desgracia hasta un buen signo. Si el gobierno chileno ha hecho uso, es hasta ahora como coartada para intentar blindarse del escrutinio internacional de derechos humanos en lo que toca a indígenas⁴⁸. He aquí el signo.

5. HISTORIA Y DERECHO: RECONOCIMIENTO DE MAPU Y DESCONOCIMIENTO DE CHILE

Durante los últimos años, bastante intensamente durante las dos décadas finales del pasado siglo XX y con importantes novedades en sus mismas postrimerías, se ha producido un notable proceso de reconocimientos constitucionales de la presencia indígena por parte de los Estados a lo ancho y largo de Latinoamérica⁴⁹. Chile hoy precisamente se singulariza por la resistencia que hemos contemplado al principio. Se da por hecho que tal, el constitucional de Estado, es el reconocimiento procedente e incluso bastante. Sin embargo, de seguirse el tracto jurídico de la construcción de los Estados de América en el tiempo, la primera cuestión que comparece no es la de su reconocimiento de unos pueblos, sino la inversa, la del consentimiento de éstos, sus condiciones y garantías. El problema no es sólo entonces que los Estados ni se lo plantearan por aquel tiempo, sino que hoy, por este tiempo, el asunto ni se vea. Forma la ceguera del presente estrecha pareja con la invisibilidad del pasado. La cuestión del reconocimiento por parte indígena sencillamente no existe para el mundo oficial de la política, no digamos del derecho, ni para el oficioso de la academia. En Chile se cultiva distancia y olvido con verdadero esmero tanto historiográfico como jurídico⁵⁰. Pues consta la humanidad a la que nos referimos, llego en momentos a hablar en unos términos completamente propopéyicos de Chile como de Mapu.

informes_cnrr.html. Confróntese MORALES URRRA, Roberto: «Cultura Mapuche y Represión en Dictadura», *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 3, 1999, pp. 81-108 (en línea: <http://www.humanidades.uach.cl/revsociales.htm>).

48. TOLEDO LLANCAQUEO, V.: *Panorama de las políticas públicas y derechos indígenas en Chile: Hechos y procesos claves del año 2004*, en el sitio citado del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas. En 2005 se produjo la respuesta oficial ya aludida al *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas* en Chile, alegándose, como logro propio de gobierno, la labor de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato cuyas mismas recomendaciones vienen oficialmente ignorándose. No hay que decir que, aunque el Informe pudiera dar pie, no hay en la respuesta la más mínima alusión a Tratados con indígenas. Puede verse, junto con otra documentación que, porque no me ocupe ahora, no deja de guardar relevancia, en el sitio dicho del Centro de Políticas Públicas: http://www.politicaspublicas.cl/expedientechile/panel_expedientechile.html.

49. CLAVERO, Bartolomé: *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*. México: Siglo XXI, en prensa.

50. Para información sobre excepciones también historiográficas, RICHARD, Nicolás (ed.): *Movimiento de campo. En torno a cuatro fronteras de la antropología chilena*. Guatemala: Instituto Centroamericano de Prospectiva e Investigación, 2003. Puede añadirse el *Portavoz Antropológico*, sitio de la Escuela de Antropología de la Facultad de Artes, Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Temuco: <http://www.uct.cl/portavozantropologico>.

Hay en Chile y sobre Chile una arraigada tradición de historiografía sobre la construcción del Estado y la formación de ciudadanía contemplándose en marcha resuelta desde el mismo arranque de la independencia hacia principios del siglo XIX y no haciéndose ver, entre alardes de desprecio olímpico por la presencia indígena, ni siquiera que el contingente así protagonista, además de sobrevenido, constituía de entrada una minoría, en casos además ausente, a lo largo y ancho de la geografía presuntamente chilena⁵¹. La evidencia no puede ocultarse sin más, por supuesto. Hoy cobra auge una historiografía que se dice sobre la frontera, como si tal lo fuera todo Mapu. Por ella no habría más presencia humana activa que la de un mestizaje ya chileno, tal y como si la humanidad Mapu-Che, por absorción, incapacidad o extinción completa, pues todo esto se presume, no estuviera ni siquiera en unos términos de interacción con presencias sobrevenidas⁵². En la historiografía, es ésta la menos apreciativa de la entidad de la presencia indígena cuando se digna contemplarla, la tendencia más beligerante en nombre de una ciencia rendida en realidad a la política⁵³. Si las evidencias de la historia efectivamente transcurrida abonan el derecho del pueblo Mapu-Che, he ahí que están al quite para neutralizarlas los prejuicios generados y reproducidos por los silencios y las manipulaciones de una historiografía académica⁵⁴.

Se viene también en Chile a acercamientos más apreciativos de la actividad indígena interesando a la construcción del Estado y a la formación de la ciudadanía, pero sin que nada de esto conduzca a su reposición en los términos de interacción entre pueblos o naciones que entonces, al menos de momento para la historia, corresponde⁵⁵. Con el registro de la existencia mantenida de Parlamentos

51. Véase ahora un fuerte refuerzo exterior, ya póstumo, bien elocuente: COLLIER, Simon: *Chile. La Construcción de una República, 1830-1865. Políticas e Ideas* (2003). Santiago: Universidad Católica de Chile, 2005, *mapuche* como voz casi vacía en el índice de materias. Representa la prosecución de su *Ideas y política de la independencia chilena, 1808-1833* (1967). Santiago: Andrés Bello, 1977.

52. VILLALOBOS, Sergio: *Vida fronteriza en la Araucanía: El mito de la guerra del Arauco*. Santiago: Andrés Bello, 1995; LEÓN, Leonardo; HERRERA, Patricio, PARENTINI; Luis Carlos y VILLALOBOS, Sergio: *Araucanía: La Frontera Mestiza, Siglo XIX*. Universidad Católica Silva Henríquez, 2003.

53. Para indicios de ocultamiento de datos, BENGUA, José: *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*, p. 207, en nota. Añádase GÓMEZ ALCORTA, Alfredo: *La rebelión mapuche de 1834-1835. El Estado-Nación chileno versus el enemigo bárbaro. Antecedentes para la desmitificación historiográfica de la 'frontera pacífica'*. Temuco: Ñuke Mapuförlaget, 2003. Y puede verse en línea un debate sobre posiciones de S. Villalobos en el archivo de *Artículos Mapuche* de la Fundación Rehue: <http://www.xs4all.nl/%7Erehue>, así como en la Net Mapu: <http://www.mapuche.cl/documentos/mapuches/repvilla.htm>. La obra de Sergio Villalobos recuerdo que se distinguió con el Premio Nacional de Historia en un año tan emblemático para América y significativo en Chile, esto por la reciente recuperación de la democracia, como el de 1992.

54. Sobre narrativas históricas que producen y solapan derecho constituyente de parte, la minoría además en origen, para todo el conjunto, indígenas inclusive, URTZ, Renata: *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*. Budapest: Central European University Press, 2005, con tratamiento de casos, como el de Canadá, que pueden interesar comparativamente a Chile.

55. SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio (dirs.): *Historia Contemporánea de Chile*. Santiago: Lom, 1999-2002; especialmente vol. I; SALAZAR, G.; MANCILLA, Arturo y DURÁN, Carlos: *Estado, Legitimidad, Ciudadanía*, y vol. II; PINTO, J.; CANDINA, Azun y LIRA, Robinson: *Actores, Identidad y Movimiento*, con

y Tratados, ya hay incluso una literatura académica de historia Mapu-Che en tiempos de Chile, bien que sin acercarse a la apreciación del valor constituyente en común de dicho género de prácticas e instrumentos y su concreto desempeño por Mapu⁵⁶. Para el derecho, una literatura jurídica de presente muy inclinada a extender su mirada al pasado sigue sencillamente empeñándose en ignorar sin más la existencia y el alcance de tales Tratados para la formación histórica de Chile, no digamos ya acerca de su potencial valor para hoy. Están fuera de juego para el derecho incluso cuando se les registra en su propia historia⁵⁷, ya no digo en la más general o menos especializada. La invisibilidad es la pauta incluso cuando los acontecimientos y sus consecuencias se tienen bien a la vista. Por esto hacen falta Comisiones de Verdad, esta intervención política en el ámbito de una historiografía que la academia defrauda⁵⁸. Importando neurálgicamente a derechos, el pasado resulta al fin demasiado importante para dejarlo confiado por entero en manos de especialistas, sean de historia, de antropología o hasta del mismo derecho⁵⁹.

Si volvemos a mirar las Constituciones de Chile durante el siglo XIX, lo que se amaga y cancela resulta tanto o más significativo que lo que se mantiene. Esto segundo es la definición entonces fantasiosa del territorio. Lo primero es el mandato de civilización y la relación de las provincias. Que éstas dejaran de identificarse en la Constitución, para no ponerse en evidencia la discontinuidad del

capítulo éste sobre «Las etnias indígenas», en estos términos no menos degradadores de entidad y consistencia por ser de un uso de lo más habitual en la antropología.

56. BENGUA, José: *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*; PINTO RODRÍGUEZ, Jorge: *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión*; HERNÁNDEZ, Isabel: *Autonomía o ciudadanía incompleta. El pueblo mapuche en Chile y Argentina*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003 (en línea en el sitio de la CEPAL: <http://www.eclac.org/publicaciones>); VERGARA, Jorge Iván: *La berencia colonial del Levitán. El Estado y los mapuche-huilliches, 1750-1881*. Iquique: Instituto de Estudios Andinos, 2005.

57. Por el mérito de no eludir el asunto, calificando además al Mapu como Estado y a Tapihue como Tratado, queda sintomáticamente fuera de contexto tanto historiográfico como sobre todo jurídico de una cultura no sólo académica el sumario tratamiento de PALMA G., Eric Eduardo: *Historia del Derecho Chileno, 1808-1924*. Santiago: Orión, 2005, pp. 125-129.

58. CLAVERO, Bartolomé: *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias, Ayer y Hoy*. Madrid: Marcial Pons, 2002, afrontando el efecto de invisibilidad. Para la visualización incluso de genocidio, aunque referido tan sólo como ya he recordado a pueblos completamente extintos sin derecho así a reparación, se tiene ahora el testimonio del *Informe General de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, ese que el propio Gobierno que lo encargara hemos visto que está intentando invisibilizar. La imagen poco favorecida que, por preterir radicalmente a indígenas, ha podido aquí ofrecerse de la Comisión de Verdad y Reconciliación no hace desde luego justicia a su labor. Mal cabe además impartir lección ninguna desde España, donde llanamente se rehuyó verificación y reparación a la salida de su dictadura y donde ahora podemos aprender de la experiencia latinoamericana, también, con sus limitaciones, de la chilena.

59. Para ilustración de una práctica de suplantación de voces, por superposición autoritaria de la académica, que suele ser solapada y en este caso es flagrante, sin reparo ni disimulo: FOERSTER G., Rolf: «El tratado de paz de 1793. Una aproximación a la gramática de la memoria mapuche-huilliche», *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 2, 1998, pp. 59-68 (en línea ya citada).

dominio efectivo de Chile, no cancelaba designio ninguno de expansión y conquista, pues esto era lo que se mantenía en la definición del territorio⁶⁰. Que dejara enseguida de formularse el proyecto civilizatorio en la Constitución misma (recordemos la efímera de 1822: «Cuidar de la civilización de los indios del territorio») tampoco produce cancelación ninguna salvo la de una evidencia que quiere pasar también a encubrirse con el silencio constitucional. Esto mismo del encubrimiento es lo que sigue al cabo significando el último acuerdo parlamentario sobre la forma peculiar de reconocimiento constitucional de la presencia indígena en Chile: «La Nación chilena es una e indivisible».

La continuidad de fondo entre las formulaciones constitucionales es superior desde luego a lo que se manifiesta. El cuidado de «la civilización de los indios» y la preocupación porque «la Nación chilena» sea «una e indivisible», en vez de plural y articulada, son extremos que se hilan con el cordón verdaderamente umbilical de lo que suele hoy llamarse el supremacismo cultural, aquel que comienza por considerar a otras culturas como incapaces de responsabilizarse de sí mismas y, sobre todo, de sus recursos. Civilizar es forzar a un abandono no sólo de cultura propia, sino también del manejo de las propias riquezas, comenzándose por la tierra. El régimen visto de tutela para su transferencia resultaba un signo más. Para la parte que se entiende a sí misma como agente de civilización, tal supremacismo es lo que da sentido a las aparentes contradicciones entre las Constituciones de Chile y los Parlamentos de Mapu. Los Tratados con el segundo se entienden por el primero cual expedientes de tránsito en tanto que no se está en condiciones para el asalto que le otorgue el gobierno y los recursos del territorio. Por esto Chile nunca cancela durante el siglo XIX el artículo constitucional que define una geografía por entonces ilusoria entre Hornos y Atacama⁶¹.

Chile nunca confirió entonces a los Tratados con indígenas el sentido de un acuerdo entre naciones en pie formal de igualdad ni nada que se le acercara o pareciera. A efectos constitucionales, es cosa que no cabe en las mientes de Chile. Pese a que en el Parlamento General de Tapihue se contempla un «Soberrano Constituyente» en común, las Constituciones siguen produciéndose a espaldas de Mapu por Congreso excluyente o Parlamento exclusivo de Chile. El mismo artículo 29 del Tratado, aquel que podía haber dado paso al Congreso Constituyente de la Confederación, resultaba por sí mismo en castellano de una

60. Existía la técnica constitucional del *territorio* bajo gobierno federal como régimen transitorio, mientras que prevaleciese la presencia indígena, antes de formarse *estado* interior, lo que puede explicar el predicamento del federalismo en América (CLAVERO, Bartolomé: *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*. Berkeley: Robbins Collection, 2005), pero Chile precisamente lo rechazaba, como lo rechaza, para lo malo como para lo bueno, ayer como hoy. No se encontrará el asunto en la historiografía corriente sobre el federalismo y sus orígenes por América.

61. Por todo lo visto, creo que la visión expresada por el subtítulo, que fuera título en la primera edición, de PINTO RODRÍGUEZ, Jorge: *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión*, podría reformularse como entre formas distintas de *inclusión excluyente* o *exclusión incluyente*; comparativamente, de una más a otra menos digna, por no decir de menos a más inhumana.

ambigüedad elocuente. Pero todo esto no dice nada respecto al valor de derecho de los Tratados de Chile con Mapu o de Mapu con Chile comenzándose por el de 1825. Había otra parte entre cuyas perspectivas ni siquiera parece que entrase la Constitución en común y esto, no por ignorar sus virtudes, sino por entender que bastaban las superiores de la relación más puramente confederativa mediante Tratado.

Nunca se olvide esto tan elemental de que tales instrumentos son por su propia naturaleza cosas de dos o de más de dos, documentos como mínimo bilaterales. Multilateral era la práctica confederativa Mapu-Che. Extrayendo la lógica consecuencia, el entendimiento unilateral de Chile resulta por completo indiferente para la entidad jurídica del Tratado, lo mismo que ocurriría si se mirase en absoluta exclusividad la perspectiva Mapu-Che⁶². El propio texto en su parte en castellano tiene por supuesto un doble valor, el demostrativo de la existencia del Tratado y el indiciario de su contenido, pero no más. No hace falta conocer el mapudungun, aunque sería preferible, por supuesto, en orden a extraer entre líneas lo que es verdaderamente acuerdo entre las partes y no posición de una sola. Sirve la lógica si no es desde luego la de un sesgo supremacista, esta que viene impidiendo la simple inteligencia, ya no digo el respeto⁶³.

El desconocimiento por parte de Chile es, como ya nos consta, no menos doble como mínimo, el académico en general y el jurídico en particular, alcanzando éste no sólo a gobierno y parlamento, sino también a la justicia. Ambos encierran significación política. Buena parte de la academia constituye hoy en Chile el ámbito más refractario a la toma en consideración de la historia propia en su integridad y del derecho ajeno en su actualidad⁶⁴. Representa el estrato de aparatosa cultura que puede sostener expeditivas políticas como, con sus secuelas de todo orden, la de negativa constitucional a cualquier reconocimiento salvo el de la proclamación de la unidad e indivisibilidad de una Nación para la que lo indígena es el pasado, heroico incluso si se quiere, pero periclitado⁶⁵. De algo tan

62. Como el punto debiera ser elemental y no lo es, invito a un repaso de todo el arco científico y político de la literatura académica sobre estos Tratados, chilena y allegada, de la historiografía a la antropología pasando por el derecho, de Abelardo Levaggi a Rolf Foerster por ejemplo, para la comprobación oportuna de la constante de parte no indígena entre aparentes variedades. Es la posición desde la que se tiene sin más por inconsistente, sin necesidad ni siquiera de debatirla, para el pasado como para el presente, la perspectiva Mapu-Che sobre el valor de los Tratados, siempre que desde luego la misma no sea la que generosamente le presta la academia, como si indígena no hubiera existido ni existiera.

63. Para todo ello, con ilustraciones de otras latitudes, CLAVERO, Bartolomé: *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

64. MORALES URRRA, Roberto (comp.): *Universidad y Derechos Indígenas*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, 1997 (en línea: http://www2.estudiosindigenas.cl/images/_publ/universidad.pdf), para excepciones confirmando la regla.

65. CASANOVA G., Holdenis: «Entre la ideología y la realidad: La inclusión de los mapuches en la nación chilena, 1810-1830», *Revista de Historia Indígena*, Departamento de Ciencias Históricas, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, 4, 2000, pp. 9-48; GALLARDO PORRAS, Viviana: «Héroes indómitos, bárbaros y ciudadanos chilenos: El discurso sobre el indio en la formación de la identidad nacional», *Revista de Historia Indígena*, 5, 2001, pp. 119-134 (se encuentra la misma en

elemental como una presencia constante necesita realmente la academia, en especial la de historia y la de derecho, el recordatorio⁶⁶.

Sin mayores problemas de cara al establecimiento académico ni siquiera del campo del derecho y con escaso cuestionamiento en el mundo igualmente no indígena de la política oficial, hoy todavía prosigue un proceso de expropiación de tierra en Mapu con recursos bien eficaces al efecto como el de la legislación pretendidamente antiterrorista de tiempos de dictadura que se mantiene en vigor para aplicarse, por lo que ha resultado, a la resistencia civil Mapu-Che⁶⁷. Es éste un episodio en el curso de la historia que comenzara por la declaración sobre civilización de 1822 y el consiguiente entendimiento supremacista mal solapado del Tratado de 1825. Por la otra parte, la Mapu-Che, también puede haber continuidad. El derecho a la tierra frente al expolio habido puede perfectamente fundarse en dicho Tratado de 1825. El propio reclamo de reparación se refuerza con este título⁶⁸. Hay derecho histórico de Mapu anterior al que pudiera reconocerse a Chile como Estado desde la independencia, según Chile mismo al fin y al cabo, de mala gana por supuesto, vino a reconocer mediante tal Tratado⁶⁹.

línea: http://www.uchile.cl/facultades/filosofia/publicaciones/revista_indigena/electronica/index.html). Como indagaciones sólidas de base, JARA, Álvaro: *Guerra y Sociedad en Chile. La transformación de la guerra de Arauco y la esclavitud de los indios* (1961, en francés). Santiago: Editorial Universitaria, 1971 (en línea: http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento_detalle.asp?id=MC0009041, la edición, con nuevo prólogo, de 1981); BOCCARA, Guillaume: *Guerre et ethnogenèse mapuche dans le Chili colonial. L'invention du soi*. París: L'Harmattan, 1999.

66. HERRERA LARA, Ricardo H.: «La Construcción Histórica de la Araucanía: Desde la Historiografía Oficial a las Imágenes Culturales y Dominación Política», *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 7, 2003, pp. 29-40 (en línea ya citada). Para sesión de trabajo que precisó del recordatorio en casa propia de derecho: http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2006/julio/derechos_indigenas_ley_antiterrorista.htm.

67. Pueden verse los informes al respecto de la Federación Internacional de Derechos Humanos editados en Internet: http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl_mapuche2006e.pdf; <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl1809e.pdf>. Con ocasión del segundo tuve ocasión de visitar el Mapu a finales de julio de 2006 formando equipo con Víctor Toledo Llancaqueo y Luis Rodríguez Piñero. ¿Lo que me llamó más la atención humanamente? El buen humor contagioso incluso en la mayor de las adversidades, como la de penuria económica agravada por el aprisionamiento de los familiares más hábiles para el trabajo por acciones de resistencia civil calificadas judicialmente como terroristas. Y desde luego que el mejor humor tiene humanamente un límite. Presenciamos también episodios de quiebra en el aguante mediante degradación autoinflingida con la bebida. Los informes no registran la experiencia ni más humana ni más inhumana. Habría que recurrir a un género de ficción para transmitir por escrito tamaño no ficción. Quizás mejor, no debe haber representación de lo que puede presenciarse. La historia ya se sabe que no se hace con trabajo de campo.

68. Conviene informarse, como ya advertí, sobre reparaciones habidas y pendientes, entre estas últimas desde luego las de indígenas en América, y acerca especialmente de sus fundamentos jurídicos: BARKAN, Elazar: *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2000; THOMPSON, Janna: *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Justice*. Cambridge: Polity Press, 2002; BRADFORD, William C.: «Beyond Reparations: An American Indian Theory of Justice», *Ohio State Law Journal*, 66, 2005, pp. 1-104.

69. Para el argumento de que la deuda de derecho, no tanto por memoria histórica como por constancia jurídica, puede que exista, pero que es llanamente impagable o, de admitirse, resultaría siempre insalvable, con la aparente fuerza no de razón, sino de pragmatismo, FOERSTER G., Rolf: «Sociedad mapuche y sociedad chilena: la deuda histórica», *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, 2, 2001 (en

Como hemos visto, durante la última década y media, entre 1991 y 2006, Chile se plantea reconocer en vez de plantearse ser reconocido. Quiere mantener Constitución exclusiva en el lugar de Tratado no excluyente, llámesele a éste también Constitución en común. Chile sigue sin querer reconocer que no se ha fundado históricamente mediante Constituciones, sino por Tratados, y con Tratados que pueden conservar un valor jurídico, quiero decir normativo en sus términos de multilateralidad, pues la quiebra unilateral no basta para eliminar del mapa esta clase de instrumentos. En Chile, como en general desde luego por las más diversas latitudes de América, el Tratado ha representado Constitución mientras que la Constitución ha sido quiebra de Tratado. La justicia entonces requiere no sólo reparación de daños y perjuicios, sino también recuperación de relaciones y mecanismos, del pie formal de igualdad entre naciones o pueblos en último término, por muy desiguales que de hecho hoy sean entre sí⁷⁰.

Chile se resiste incluso al simple reconocimiento constitucional de una presencia en mayor medida que otros Estados de Latinoamérica porque, con la ignorancia voluntaria y todo, tiene ante la vista las evidencias más a la contra de su propia posición de Estado, tales como los Tratados. Chile no aprecia el reconocimiento Mapu-Che mediante el Tratado de Tapihue porque, según todos los visos, esto le obligaría a replantearse por completo de raíz sus propios fundamentos constitucionales. El Congreso que convierte el reconocimiento indígena en alarde de Chile uno e indivisible sabe lo que hace. Vienen tiempos de bicentenario que previsiblemente acentuarán ese reflejo⁷¹. No es el fin de la historia. Aunque la ilusión constitucional consista en atribuirse la exclusiva de la capacidad de reconocimiento, Chile

sitio ya citado: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=305>). Son páginas que se presentan como pertenecientes a un proyecto de investigación colectivo sobre *¿Demanda étnica o demanda etnonacional mapuche?* en el que, aparte el mismo sesgo de la formulación del dilema, el segundo elemento, el nacionalista Mapu-Che, representa sin duda el maniqueo a conjurar con la magia de la ciencia (para un dossier del debate: <http://www.mapuche.info/mapuint/azkdossie050414.html>; para noticia de financiación pública: <http://www.conicyt.cl/bases/fondecyt/proyectos/01/2000/1000024.html>).

70. WILLIAMS Jr., Robert: *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace*, con dicha consideración del Tratado como Constitución.

71. Un pulso del ambiente puede detectarse a través del tratamiento usual de la presencia Mapu-Che por la prensa chilena; para un archivo, <http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/nosotros/prensa.htm>; para un contraste, <http://www.azkintuwe.org>. La relativa peculiaridad chilena en el mismo contexto americano se revelaría con el desconcierto que de seguro produciría si, de haber llegado a aprobarse, se sumara a los ya habidos su extraño reconocimiento constitucional de la presencia indígena: «La Nación chilena es una e indivisible». Ante la aprobación por Naciones Unidas de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el gobierno chileno reacciona con un proyecto de reforma constitucional para reconocimiento elusivo y restrictivo que poder interponer. Se tiene una colección de los pronunciamientos constitucionales sobre presencia indígena por América en el sitio citado de *Alertanet. Derecho y Sociedad*: <http://alertanet.org>. El mismo fantasma de unos bicentenarios también acecha por la antigua y de nuevo satisfecha metrópolis: CLAVERO, Bartolomé: «Cádiz en España: Signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano», apéndice de LORENTE, Marta y GARRIGA, Carlos: *Cádiz 1812. La Constitución Jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 447-526.

no tiene la última palabra respecto al derecho de Mapu. Pues de su propio derecho se trata, la primera ha de ser Mapu-Che⁷².

6. DERECHOS: UNA DECLARACIÓN INTERNACIONAL

El asunto es internacional en doble sentido como ya sabemos, porque se dirime entre naciones y porque hoy se le plantea al derecho internacional de los derechos humanos. Por basarse en su reconocimiento y comprometerse con su desarrollo, Naciones Unidas no se reduce ni mucho menos a una organización de Estados. A mediados de septiembre de 2007, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que comenzara a elaborarse en los años ochenta del pasado siglo por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, como ya dije.

Como organización de Estados, Naciones Unidas también está necesitada de ser reconocida, para lo que reconocer en términos dignos siempre es una buena baza. Ahí viene la Declaración⁷³. Ya al menos ha sobreesido, sólo por aprobarse, posiciones anteriores. Conviene la advertencia para que no vayan a proyectarse sobre sus disposiciones los distinguos problemáticos de otros documentos con todo esto superados, como para la materia de Tratados pueda ser el caso del estudio específico que bien conocemos⁷⁴. Un Tratado es un Tratado. ¿Se quiere un ejemplo? He ahí, sin ir más lejos, el que se celebrara entre Chile y Mapu en 1825. A casos como éste se refiere el artículo 37 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas:

72. Para un tanteo de las posibilidades de construcción del caso en el ámbito internacional, MORTON, Ber: «In Defence of Rago Mapu: Building a case for Mapuche self-determination», *A Journal of Indigenous Governance*, British Columbia, Canadá: University of Victoria, 1, 2004 (en línea: <http://web.uvic.ca/igov/research/journal/contents.htm>). Respecto a tierras, conviene añadir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 2001: *The Case of the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awás Tingni Against the Republic of Nicaragua*, número especial del *Arizona Journal of International and Comparative Law*, College of Law, The University of Arizona, 19.2, 2002. Y considérese si la conquista de Mapu no reúne circunstancias, produce consecuencias y da pie hasta hoy a políticas tipificables como genocidas conforme a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (conviene repasarse los supuestos que contempla: <http://www.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>). Para documentación de iniciativa Mapu-Che en foros internacionales, la que puede construir legítimamente el caso, Mapuche International Link: <http://www.mapuche-nation.org/espanol/documentos.htm>.

73. Como para cualquier información de orden normativo sobre el derecho internacional de derechos humanos, el mejor sitio para seguirse la trayectoria del proyecto y de la misma Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas es el que viene utilizándose del Alto Comisionado (hoy Alta Comisionada) de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, dando entrada a los organismos internacionales competentes: <http://www.ohchr.org>.

74. Teniendo ambas fundamento, según se miren las referencias al Mapu o las sugerencias más genéricas, las lecturas discrepantes vistas del *Estudio sobre los Tratados* por parte del Informe General o del Informe Mapuche de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato ya no representan un dilema. El derecho internacional le concede la razón a la lectura menos acorde con el propio *Estudio*, la Mapu-Che.

Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y arreglos constructivos⁷⁵.

¿Hace falta que nos adentremos en la consideración de un desencaje de Constitución al encontrarse nuevamente ante Tratado o, en rigor de precedencia, el producido por situarse el Tratado ante Constitución? Con sólo releer el pronunciamiento inicial del artículo constitucional que hemos citado, la formulación del principio que desde 1980 ratifica una unidad compacta ya nada fantástica («El Estado de Chile es unitario...»), podríamos comenzar a entrever el alcance del desajuste⁷⁶. Pero no olvidemos que no es ése el inicio. Desde 1999, cuando se sustituyen *los hombres* por *las personas* como sujetos primeros de derechos, la Constitución de Chile arranca con un pronunciamiento que ofrece buena base para el ajuste necesario. Es el primer inciso del artículo primero del primer capítulo, el que sienta las «Bases de la Institucionalidad»:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos⁷⁷.

75. http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/draftdeclaration_sp.pdf, la Declaración en castellano en el sitio referido de Naciones Unidas.

76. Como por ámbitos políticos, judiciales y académicos de Chile cunde la natural susceptibilidad frente al recuerdo, aunque sea de lo más implícito, del origen en tiempo de dictadura, en 1980, de la Constitución actual, quiero manifestar que, con el conjunto de reformas habidas desde 1989 en consideración de derechos humanos y democracia (entre las que figuran las del artículo tercero, incluyéndose en 1991 la referencia a la descentralización administrativa y en 2005 un principio de solidaridad interregional), no hago de ello en absoluto cuestión, como tampoco la haría, por las mismas razones, respecto a los orígenes dictatoriales de la actual Monarquía española. Además, el sangrante problema de que ni democracia ni derechos humanos alcancen ni beneficien a indígenas hunde sus raíces bastante más lejos que en la dictadura, de lo cual ya sabemos que ni la Comisión de Verdad y Reconciliación ni la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación han acusado conciencia. Puede verse un informe ya citado, pero sin haber identificado su título: *La otra transición chilena: Derechos del Pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático* (http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl_mapuche2006e.pdf).

77. Cabe agregarse el arranque del cuarto inciso del mismo artículo primero: «El Estado está al servicio de la persona humana», así como el primer pronunciamiento del capítulo tercero, «De los Derechos y Deberes Constitucionales», esto es, art. 19: «La constitución asegura a todas las personas: 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona», no tan reiterativo como aparenta. Y a quienes aún abrigan un sincero escepticismo sobre la procedencia de unos cuidados en el lenguaje, sobre todo si constitucional, como el de esta sustitución de *los hombres* por *las personas*, les propongo el siguiente ejercicio. Léase la nota que pronto seguirá sobre la categoría y la práctica de *ubuntu*, y considérense luego, sólo a continuación de esa lectura, las implicaciones discriminatorias de la siguiente variante: «El hombre tan sólo puede ser hombre a través de otros hombres». Mediando una fuerte tradición de clasismo social y supremacismo cultural, la reducción ahora inconfesada, por

¿Qué más puede añadir alguien que no es individuo de Mapu ni ciudadano de Chile como es mi caso? Tal vez que desde esa primera frase convendría que nos esmerásemos en la lectura no supremacista⁷⁸, en la que toma en cuenta culturas hasta ahora tenidas al margen del constitucionalismo de derechos que debieran desenvolverse en libertad, igualdad y dignidad⁷⁹. Para esto mismo, para la propia base de partida, pudieran aportar concepciones preciosas y prácticas valiosas, inesperadas las unas y las otras tan sólo para quienes vienen empecinadamente ignorándolas⁸⁰. Como se trata del acomodamiento constitucional no sólo de intereses sectoriales de base territorial, sino también y ante todo de posiciones culturales, en buena parte ahora desarraigadas, que resultan de alcance constituyente para un amplio radio además de materias no exclusivamente políticas, desde la entidad de la familia al manejo de los recursos, unas fórmulas de autonomía o incluso de federalismo a las que Chile viene mostrándose más que refractario se quedarían cortas. No digo que no sirvan, sino que no bastan⁸¹.

inconfesable, de la categoría de *hombre* como sujeto de derechos constitucionalmente garantizados puede desde luego producirse por razón y efecto no sólo de sexismo.

78. CLAVERO, Bartolomé: «Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío», *Revista Internacional de Estudios Vascos*, Eusko Ikaskuntzen Nazioarteko Aldizkaria, 47-1, 2002, pp. 35-62.

79. MOKGORO, Ivonne: «Ubuntu and the Law in South Africa», *Potchefstroom Electronic Law Journal*, North-West University/Yunibesiti ya Bokone-Bophirima/Noordwes-Universiteit, 1, 1998 (en línea: <http://www.puk.ac.za/fakulteite/regte/per/index.html>), aparte de la suerte declinante de la concepción y la práctica de *ubuntu* en el constitucionalismo sudafricano por haberse reducido a recurso para la transición de salida del régimen racista, pues en sí puede interesar más de lo que cupiera sospechar al caso de la concertación de Mapu y Chile a partir de la libertad, la igualdad y la dignidad entre las personas. Según Yvonne Mokgoro, magistrada actualmente de la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, el término *ubuntu*, común al *isizulu* y al *xhosa*, denota una forma de solidaridad humana para la que no hay palabra en inglés, como tampoco en español, pues se carece del concepto y de la práctica, y que se entiende mejor mediante una perifrasis: «Umuntu ngumuntu ngabantu», «Motho ke motho ba batho ba bangwe», «Una persona tan sólo puede ser persona a través de otras personas», lo cual, por cuanto implica, alcanza a los pueblos. ¿Una prueba de esto último? Los Parlamentos Mapu-Che sin ir más lejos y siempre que no sea en su entendimiento español que es el común en la historiografía.

80. Sugiero otro ejemplo, tras el de *la persona*. Sabemos que en su artículo primero la Constitución de Chile se refiere acto seguido a *la familia*, de entrada en estos términos: «La familia es el núcleo fundamental de la sociedad». Intente leerse este pronunciamiento a la luz de lo que hemos visto de parte Mapu-Che o también de la referencia igualmente inicial de la Declaración Universal de Derechos Humanos a *la familia humana*, lo cual, *ubuntu* o equivalentes mediante, no tiene por qué reducirse a gesto retórico o lenguaje figurado. Al fin y al cabo, Naciones Unidas representa hoy un orden confederativo de solidaridad humana para la cual lo que sobra en cambio a estas alturas es aquel término de *soberanía* incomprensible en mapudungun (véase en la traducción citada de la Declaración Universal de Derechos Humanos los términos que se aclaran en castellano, comenzando por el de *Estado*). En Chile, como en España, habríamos de empezar por despejar la dificultad de que dicho tipo de registro familiar en sede normativa o incluso constitucional fue introducido como mecanismo netamente antidemocrático por unas dictaduras, las de los generales Pinochet y Franco respectivamente. A este efecto que supone un reto, ya he dicho que no a otros, creo que nunca conviene olvidar el origen histórico de la Constitución en vigor.

81. TULLY, James: *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995; IVISON, Duncan: *Postcolonial Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; URTZ, Renáta: *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in*

Más allá no voy ni debo. Procuero no sumarme a la pléyade académica siempre bien dispuesta a apropiarse de voz ajena ejerciéndola por presunto crédito de ciencia social, sea de antropología, de historia, de derecho u otra. No hace falta ni siquiera que la misma esté en el secreto para que el efecto de privación opere. Como la operación no tiene por qué ser deliberada para que funcione, no hay ofensa ninguna en acusarlo. Eso espero. La academia es la primera que puede estar socavando la democracia al estorbar con más eficacia que la política la manifestación de todo un coro de voces distintas. El caso de Chile resulta desde luego, por sus mismos extremismos, un buen laboratorio.

Con respecto a la historiografía que hemos visto manipular historia para neutralizar derecho, el problema entonces puede que no anide y se alimente por ella misma en solitario y por completo, sino también mediante la contaminación de quienes la debaten, pues suelen igualmente arrogarse la investidura de una representación no menos indebida. En democracia la voz y el voto ante todo ha de tenerlos quien tiene el derecho. A eso vienen, como piezas previas a las mismas Constituciones, las Declaraciones de Derechos, ahora la de Derechos de los Pueblos Indígenas. A ello debiera también acudir, aprendiendo a ceder la palabra, la academia.

Constitutional Adjudication, pp. 268-284; también para la evidencia ya referida de que el federalismo históricamente no sólo no ha bastado, sino que por regla general ni ha servido por lo que interesa a derechos indígenas.