

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el 11 de junio de 2018, en sesión ordinaria 428

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley en análisis tiene por objeto otorgar reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente en Chile, relevando con ello su presencia histórica y actual y su contribución a la identidad cultural del país.

El reconocimiento de personas como afrodescendientes en nuestro país es el resultado de un proceso muy particular, poco conocido y escasamente integrado a la historia nacional. Arica y sus valles interiores de Azapa y Lluta, son zonas en las que históricamente se han asentado primero los/as africanos/as esclavizados y, después, sus descendientes en territorios que hasta fines del siglo XIX pertenecían al Virreinato del Perú, y que solo luego de la guerra del Pacífico pasaron al Estado chileno, en conjunto con su población (Duconge y Guizardi). Este período de anexión fue complejo y doloroso para los y las afrodescendientes, una población abatida por la guerra, perseguida en su minuto, y luego incorporada a regañadientes a través de lo que se ha llamado la “chilenización”, un proceso que no los vio como afrodescendientes sino como peruanos/as y, por ende, como enemigos/as bajo ese contexto^{1 2}.

El proyecto pretende, además, lograr una visibilización efectiva ante terceros, buscando la concientización ciudadana de respeto e inclusión de la diversidad, aportando con ello a disminuir las manifestaciones del racismo presentes en la sociedad chilena.

A través de este informe, el INDH evaluará la conformidad del proyecto con los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, los cuales están signados por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, CERD), el Convenio 169 de la OIT, así como de la jurisprudencia proveniente del sistema interamericano y de los pronunciamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y de la OIT.

¹ Oliva, Elena. Entre lo remoto y lo foráneo: los afrodescendientes en Chile a propósito del libro Afrochilenos. Una historia oculta, de Marta Salgado. MERIDIONAL Revista Chilena de Estudios Latinoamericanos, 2016, pp. 183-184.

² De acuerdo a los autores, la afrodescendencia chilena no ha sido tomada en cuenta en la historiografía nacional. El relato colonial y republicano del país, opera incansablemente como máquina negadora de los africanos y afrodescendientes en Chile (Henríquez, 2015, pg.15 citado en Milien, Sandy. Afrochilenos en rumbo al reconocimiento como pueblo tribal Una investigación sobre los factores históricos y culturales de los Afrodescendientes en Arica. SIT Graduate Institute/SIT Study Abroad SIT Digital Collections).

Si bien el informe resalta que el proyecto estaría en líneas generales de acuerdo con los estándares internacionales, hace también patente la necesidad de mejorar las formas en que quedarán plasmadas las obligaciones estatales en la ley.

II. Antecedentes

1. Los afrodescendientes en Chile

La presencia de población de origen africano en la zona de Arica en Chile data del siglo XVI y está asociada fundamentalmente a la explotación de las minas de plata de Potosí. Siendo Arica el puerto de salida de los minerales de Potosí durante el período colonial (Virreinato del Perú), la población afrodescendiente en Arica fue muy numerosa. Se estima que para la mitad del Siglo XVIII en el Valle de Lluta las personas negras y mestizas de negros alcanzaron a representar el 40% de la población total³.

En el periodo de La Colonia, esclavistas mantenían mujeres y hombres encerrados/as en establos para procrear, descendencia que posteriormente era vendida como esclavos. La Guerra del Pacífico también significó consecuencias nefastas en la comunidad afrodescendiente, directamente relacionada con la “peruanidad”. Las campañas de “chilenización” fueron fuertemente vulneratorias para la población afro, incluyendo procesos de persecución como la obligación de migrar abandonando todos sus bienes y patrimonio, a cambiar identidad y nacionalidad, rotura de lazos familiares e incluso matanzas⁴.

En el siglo XIX, en la ciudad de Arica, la presencia afrodescendiente era del 54% de la población, mientras que en el Valle de Azapa constituía el 68%.⁵ La invisibilización y discriminación hacia los afrodescendientes en Chile se mantuvo a lo largo del Siglo XX persistiendo hasta nuestros días. En efecto, a pesar de las reivindicaciones formuladas por las organizaciones afrodescendientes a las autoridades chilenas en orden al reconocimiento en su calidad de pueblos tribales, lo que guarda relación con su condición de diáspora africana, éstas no fueron incorporadas al censo de población realizado el año 2012⁶.

Frente a la insistencia de las organizaciones afrodescendientes, el 27 de octubre de 2011, el Gobierno Regional de Arica y Parinacota, el INE y las ONGs de comunidades afrodescendientes, acordaron realizar un Estudio Estadístico de caracterización de la población afrodescendiente de Arica con fondos del Gobierno Regional. Los resultados de dicha encuesta, publicados el 2014, estimaron la población afrodescendiente en la provincia de Arica era de 8.415 personas sobre un universo de 179.172 que corresponde a la población total de dicha Provincia según la información censal del año 2002⁷. De acuerdo a la misma encuesta la población afrodescendiente estaba asentada mayoritariamente en zonas urbanas (7.503

³ Artal, Nathalie (2012). A(f)rica: relatos y memorias afrodescendientes en Arica tras la chilenización y el conflicto entre Perú y Chile (1883-1929) Aletheia, volumen 2, número 4, julio 2012. Santiago, Chile.

⁴ Hallazgos de la Investigación Fondecyt N°1150876 de la Dra. Nancy Yáñez, compartida directamente por la autora con el INDH para fines de esta minuta.

⁵ Salgado, Marta (2014). Afrochilenos: Una historia oculta. Ediciones Krom, 2ª edición, Arica, Chile.

⁶ *Ibid.*

⁷ INE (2014). Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente de la Región de Arica y Parinacota (ENCAFRO). Disponible en:

http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/encafro.php

personas) y minoritariamente en zonas rurales (912 personas). La población rural se concentraba en el Valle de Azapa, en tanto que también había población afrodescendiente en los Valles de Lluta y Codpa⁸.

En el contexto de la elaboración de las preguntas a ser incorporadas en el Censo abreviado de 2017, el cual tenía como objetivo superar los errores en los cuales se incurrió durante el censo del año 2012 y que restaron valor metodológico a dicho instrumento, las Asociaciones de Afrodescendientes de Azapa Territorio Ancestral solicitaron al INE la incorporación de la categoría “Afrodescendiente/Negro(a)” en la pregunta sobre los pueblos indígenas, invocando para estos efectos su condición de pueblo tribal de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y con las recomendaciones internacionales que en esta materia se le ha hecho al Estado de Chile. Dicha solicitud fue rechazada por el Instituto Nacional de Estadísticas, argumentando que el proceso de definición de temas a ser incluidos en el censo había concluido y que los afrodescendientes podían auto identificarse bajo la categoría de “otro” en la pregunta referida a los pueblos indígenas y tribales⁹.

Al respecto cabe señalar que en las observaciones que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (CERD por su sigla en inglés), en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013), antes de que se publicaran los resultados de la Encuesta realizada por el INE antes referida, observó al Estado de Chile, en relación con las estadísticas oficiales, que:

“8. Aunque aprecia los datos estadísticos facilitados por el Estado parte, el Comité requiere datos estadísticos fiables y más exhaustivos sobre la población que incluyan indicadores económicos y sociales desglosados por origen étnico o nacional, particularmente de la población indígena, afrodescendiente y otras minorías vulnerables, incluyendo los gitanos, para evaluar el goce por esas personas de sus derechos en el Estado parte (art. 2, párr. 1, incs. a a d).

El Comité recomienda al Estado parte que agilice la recopilación y publicación de datos estadísticos sobre la composición de su población, desglosados conforme al artículo 1, párrafo 1, de la Convención, y que incluya los datos oficiales del censo nacional de 2012, así como de cualquier otro censo o estudio posterior que incorpore la dimensión étnica basada en la autodefinición. El Comité pide al Estado parte que le facilite esos datos desglosados en su próximo informe periódico”¹⁰.

El mismo Comité agregó, además, en relación a los “Afrodescendientes”: *“17. El Comité se lamenta de que el proyecto de ley de reconocimiento de la comunidad afrodescendiente en Chile aún no haya sido aprobado (CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 13). Si bien nota la encuesta de caracterización por hacer, expresa su preocupación por la falta de información oficial sobre la situación de derechos humanos de las personas afrodescendientes en el Estado parte, lo que le impediría conocer mejor su situación y elaborar políticas públicas adecuadas en su favor (arts. 1, 2 y 5).*

⁸ Ibíd.

⁹ Así en su respuesta el INE señaló:

“[...] es importante dejar en claro que aunque no se incorpore la categoría "Afrodescendiente/Negro" en el Censo Abreviado 2017, si existe el campo "otro (especifique)" en la pregunta de pertenencia a un pueblo indígena donde tanto los afrodescendiente/negro u otros pueblos originarios o tribales pueden auto identificarse en este sentido.” INE, ORD. N° 2455/2015).

¹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html>

A la luz de su Recomendación general No 34 (2011) sobre la discriminación racial contra afrodescendientes, el Comité reitera la solicitud hecha al Estado parte para que proporcione información sobre los afrodescendientes. El Comité recomienda al Estado parte acelerar el proyecto de ley de reconocimiento de la población afrodescendiente, a incluir la variable afrodescendiente en los censos poblacionales y de vivienda, así como a adoptar programas y medidas, incluyendo las medidas especiales, para garantizar el goce de derechos de los afrodescendientes.”¹¹.

Lo anterior motivó la presentación el 2016 por la Organización No Gubernamental de Desarrollo Afrodescendiente Lumbanga de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objetivo de revertir esta situación de discriminación histórica y de que el Estado de Chile reconozca la población afro tribal chilena en las estadísticas oficiales de Chile, siendo a la fecha el único Estado latinoamericano que hasta la fecha se ha negado a incorporar esta categoría de pertenencia étnica en sus censos.

La historia de la presencia afro en Chile, realidad visible y numerosa, llena de pasajes de discriminación y vulneración, y la necesidad de poner término a la historia de exclusión y abandono por parte del Estado, así como de proteger su legado cultural, es el que llevó a un grupo de Diputados/as el 2016 a presentar la iniciativa legal que se informa. Entre los motivos que se invocan para su presentación la iniciativa legal propone: “Es el tiempo en que corrijamos nuestros errores, nuestros olvidos, y que las palabras país multicultural, multirracial y diverso tengan un real sentido”.

En cuanto a su propósito fundamental señalan: “[E]l presente proyecto se funda en la idea matriz del reconocimiento legal del pueblo tribal afrodescendiente chileno. De dicho reconocimiento se derivan objetivos como la obligación del Estado de promover su cultura y respetar sus símbolos, la obligatoriedad de incluir dentro del plan de educación nacional la historia de los afros y que sean incorporados como categoría en las encuestas censales del 2017 - 2022 a lo largo y ancho de nuestro país, información valiosa para la correcta promoción de políticas de inclusión para este importante pueblo tribal”.

2. La definición de los afrodescendientes y su naturaleza de pueblo tribal

La definición de la población afrodescendiente y su naturaleza como pueblo tribal ha constituido una preocupación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En su informe sobre La Situación de las personas Afrodescendientes en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2011), sin desarrollar una definición al respecto, refiere a la definición de afrodescendientes acuñada por los Estados de la región en la Conferencia de Santiago en el año 2000, preparatoria de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia en Durban, Sudáfrica, señalando que: “*En esa oportunidad, los Estados Americanos acordaron la definición del término “afrodescendiente” como aquella persona de origen africano que vive en las Américas y en todas las*

¹¹ *Ibíd.*

*zonas de la diáspora africana por consecuencia de la esclavitud habiéndoseles denegado históricamente el ejercicio de sus derechos fundamentales*¹².

En esta definición del término “Afrodescendiente” la concurrencia de dos requisitos copulativos, desplazamiento como consecuencia de la esclavitud y denegación histórica de derechos fundamentales, aparecen como fundamentales. En cuanto a la definición de la categoría de “Afrodescendiente”, en el mismo informe la CIDH considera como central el criterio de la autoidentificación. Así, se señala: “[...] *en términos de buenas prácticas, los Estados deben celebrar consultas con la sociedad civil, a través de mecanismos institucionalizados y sostenibles de colaboración, articulación e incidencia, que reflejen sus expectativas, en cuanto al diseño y categorías utilizadas en las preguntas de auto identificación, a fin de contar con herramientas técnicamente adecuadas y fortalecer el proceso de sensibilización, concientización y empoderamiento de los afrodescendientes en la región. De manera complementaria, la Comisión estima que es necesario que los Estados lleven adelante campañas de concientización y capacitación sobre las categorías de autoidentificación, que incentiven a la población afrodescendiente a autoidentificarse y sensibilicen a los encuestadores*”¹³.

Junto a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterados fallos ha considerado a las personas afrodescendientes como pueblo tribal, protegidas bajo el marco del Convenio N°169 de la OIT.

En la sentencia pronunciada en el caso Saramaka con Surinam, el 28 de noviembre de 2007, la Corte IDH se pronunció respecto si dicho pueblo podía ser considerado como una comunidad tribal sujeta a la protección que el derecho internacional de los derechos humanos reserva a los pueblos indígenas y tribales. En dicha sentencia la Corte dispuso: “[...] *un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones*”¹⁴.

En consideración a la relación de las personas afrodescendientes con la tierra, la que es distinta a la de los pueblos indígenas, en la medida que se cruza con su desarraigo del territorio de origen y la esclavitud a la que fueron sometidas a su llegada al continente, en el mismo fallo la Corte IDH ha señalado: “*En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud*”¹⁵.

Más recientemente, en su sentencia en el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de La Cruz y sus miembros vs. Honduras, la Corte IDH reafirma su jurisprudencia anterior, sosteniendo que Honduras tiene una composición multiétnica y pluricultural, integrada principalmente por personas mestizas, indígenas y afrodescendientes¹⁶. En su sentencia reconoce el carácter de

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La Situación de las personas Afrodescendientes en las Américas. CIDH; OEA Doc 62, 5 diciembre 2011, parág. 19. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/afros_2011_esp.pdf

¹³ *Ibíd.*, párr. 39.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007 párr. 79.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 82.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de La Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Párr. 46.

pueblo indígena y tribal de los Garífuna al disponer: “*El pueblo Garífuna constituye una cultura y un grupo étnico diferenciado, proveniente de un sincretismo entre indígenas y africanos, quienes han hecho valer sus derechos en Honduras como pueblo indígena. Los garífuna se identifican como un pueblo indígena heredero de los caribes insulares, con algunas manifestaciones culturales de origen africano siendo la auto identificación un criterio subjetivo, y uno de los criterios principales y determinantes recogidos en el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, a fin de ser considerado como pueblo indígena o tribal*”¹⁷.

Por su parte, las líneas jurisprudenciales de la Corte IDH¹⁸ señalan que lo tribal tiene relación con la identificación cultural diferenciada de otras comunidades, en términos de poseer un propio idioma, tradiciones culturales, religiosas, historia y ritos¹⁹.

De acuerdo a la OIT, los elementos para definir un pueblo tribal se basan en las condiciones económicas, culturales, organización social y formas de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional, esto además de tener tradiciones y costumbres y/o un reconocimiento legal especial²⁰. Es así como la identificación cultural y sentido de pertenencia a costumbres, tradiciones y formas de vida común, son las que definen si una persona es o no parte de un pueblo tribal. Esta conciencia de identidad indígena o tribal, reforzada por el reconocimiento de la comunidad, debe considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se extienden las disposiciones del Convenio N°169²¹.

Por su parte, la primera definición de afrodescendiente del “Informe Final del Proyecto Recolección y clasificación de datos etnoterritoriales afrodescendientes de la Región de Arica y Parinacota”, Municipalidad de Arica, Oficina Afrodescendiente y Universidad Academia de Humanismo Cristiano²², indica que éstos son “Aquellos que descienden de poblaciones víctimas de la trata transatlántica y que han pasado a constituir comunidades o grupos visibles, emparentados históricamente y que comparten diferentes elementos históricos, políticos, familiares, económicos y rituales que les permiten afirmar su negritud en bases culturales que son el fundamento de sus reivindicaciones étnicas y raciales”²³.

3- La necesidad de reconocer e identificar al pueblo afrodescendiente

El reconocimiento cultural y social al pueblo afrodescendiente constituye una pieza clave para lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales de sus integrantes, así como un

¹⁷ *Ibíd.*, Párr. 48.

¹⁸ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH N°11 Pueblos indígenas y tribales, pág. 7.

¹⁹ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005.

²⁰ OIT (2009). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Guía sobre el Convenio N°169 de la OIT, pág. 9.

²¹ El reconocimiento y protección al pueblo afrodescendiente como pueblo tribal encuentra su marco de protección en el Convenio 169 de la OIT, el cual no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales, sino que describe los pueblos que pretende proteger, en específico en su artículo primero: “*El presente Convenio se aplica: (a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial*”.

²² Marzo 2017. P. 14.

²³ *Ídem*.

factor a considerar al momento de analizar posibles vulneraciones. En este sentido, la Corte IDH ha señalado la necesidad de contar con medidas especiales de protección que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos y consideren de manera reforzada la condición afrodescendiente de las potenciales víctimas²⁴.

Otro elemento relevante es la libre determinación, derecho que faculta a un pueblo a definir su estatus jurídico y pertenencia; y que en virtud del Convenio 169 la comunidad afrodescendiente ostenta, en razón de su auto identificación como tal²⁵. Esta auto identificación, junto con la diversidad de identidad, son a juicio de la Corte IDH²⁶ los factores determinantes al momento de reconocer a una comunidad afrodescendiente como un pueblo tribal y, por ende, sujetos de especial protección.

En el contexto mundial y con relativa persistencia en las Américas, las personas afrodescendientes se ven injustamente menoscabadas en el goce y ejercicio de sus derechos en virtud de sus características físicas y prácticas culturales, a pesar de la puesta en valor que los instrumentos internacionales de derechos humanos han hecho respecto de la diversidad y el relevamiento del principio de igualdad y no discriminación. Esto llevó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a establecer en febrero de 2005 una Relatoría sobre Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial²⁷ con el objetivo de promover el reconocimiento y los derechos de los mismos²⁸.

La necesidad de trabajar contra las diversas formas de discriminación es una necesidad presente y permanente, siendo Chile un país que no se encuentra exento de ella, como fuera señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su informe sobre Chile el 2013. En su Informe Complementario al Comité, el INDH²⁹ señaló casos en que personas afrodescendientes habían sido objeto de actos de discriminación, como la intención de despedir de su trabajo a una persona por su color de piel ocurrida en la región de Arica y Parinacota años atrás, situación que ya había sido mencionada en el Informe Anual 2014³⁰. En este mismo territorio se han evidenciado otros casos de discriminación, donde incluso se han visto involucradas autoridades locales³¹, lo que denota un aumento de manifestaciones racistas, basadas generalmente en la ignorancia de la ciudadanía, la formación de estereotipos y la falta de tolerancia hacia la diversidad en una sociedad eminentemente mestiza.

²⁴ Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) v/s Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 204.

²⁵ Yáñez, Nancy. Informe de Investigación Fondecyt N°1150876 “Fundamentos legales para el reconocimiento de los afrodescendientes en Chile”.

²⁶ Caso Xákmok Kásek con Paraguay, Sentencia de Fondo, 24 de agosto de 2010, párr. 37.

²⁷ Creada durante el 122º Período de Sesiones, celebrado del 23 de febrero al 11 de marzo de 2005.

²⁸ La Relatoría recibió la responsabilidad de dedicarse a estimular, sistematizar, reforzar y consolidar la acción de la CIDH respecto de los derechos de las personas de ascendencia africana y contra la discriminación racial.

²⁹ INDH, Informe Complementario INDH sobre aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 107.

³⁰ INDH, Informe Anual 2014 sobre la Situación de Derechos Humanos en Chile, capítulo “Derechos de las personas Afrochilenas”, pág. 126.

³¹ <http://www.soychile.cl/Arica/Sociedad/2013/11/27/216056/Colombiana-denuncio-a-la-concejala-Lisette-Sierra-porque-le-habria-dicho-negra-andate-a-tu-pais-vienes-a-puro-prostituirte.aspx>.

Esta temática está siendo priorizada en el foro internacional, tal como lo demuestra la declaración del “Decenio Internacional de los Afrodescendientes”³², que comenzó el 1° de enero de 2015 y terminará el 31 de diciembre de 2024 bajo la consigna “Afrodescendientes: reconocimiento, justicia y desarrollo”. Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha reafirmado el “compromiso de los Estados Miembro para enfrentar el flagelo del racismo, la discriminación y la intolerancia en sus sociedades, como un problema que afecta a la sociedad en general”³³; resolviendo, entre otras cosas, “[e]ncomendar al Consejo Permanente la realización, durante el primer semestre de 2015, de una sesión especial para celebrar el inicio del Decenio Internacional de los Afrodescendientes, con el objetivo de intercambiar ideas para la posible elaboración de un Plan de Acción de la OEA en el marco de dicho Decenio”³⁴.

Los instrumentos de derechos humanos, tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano, han reconocido la necesidad de recurrir a medidas de acción afirmativa para remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación histórica contra ciertos grupos y evitar que la misma se perpetúe. A pesar de sus diversas denominaciones a nivel internacional (“medidas especiales de carácter temporal”, “discriminación positiva”, “discriminación inversa”), los órganos de supervisión de tratados internacionales las han considerado medidas necesarias para garantizar la igualdad sustantiva y el disfrute de los derechos fundamentales de las personas y grupos sociales en situaciones de desventaja histórica o víctimas de prejuicios persistentes³⁵.

En razón de lo anterior, el reconocimiento normativo y la educación general del país, juegan un papel importante en la tarea de derribar estereotipos y generar condiciones para la igualdad y no discriminación de la población afrodescendiente. Sin embargo, un paso necesario es también avanzar hacia su inclusión y participación efectiva en los asuntos que les afectan, reconociéndoles como sujetos de derechos y poniendo en valor sus aportes a la identidad cultural de Chile.

III. Análisis del proyecto a la luz de los estándares internacionales

El proyecto consta de siete artículos, los cuales buscan el reconocimiento legal de la población afro descendiente en Chile. Ello, además de establecer medidas específicas de inclusión, participación y no discriminación, cuyo estándar internacional de protección de derechos humanos está dado por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial³⁶ (en adelante CERD), destinada a prohibir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones. La CERD contiene un conjunto de disposiciones

³² Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 23 de diciembre de 2013, A/RES/68/237, publicada el 7 de febrero de 2014.

³³ AG/RES. 2824 (XLIV-O/14), Reconocimiento del Decenio Internacional de los Afrodescendientes, Resolución aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014.

³⁴ AG/RES. 2824 (XLIV-O/14), párr. 4.

³⁵ CIDH, La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, de fecha 5 de diciembre de 2011, pág. xi.

³⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. En el caso de nuestro ordenamiento, la Convención entra en vigor el 19 de noviembre de 1971, promulgada mediante el Decreto N°747 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 26 de octubre de 1971.

generales de protección, que consisten en la abstención de todo acto o práctica de discriminación fundada en la raza, contra personas, grupos o instituciones; y obligaciones de garantía referidas a la prohibición y adecuación de conductas, prácticas y diseños normativos, incluidas las de enmendar, derogar o anular leyes y disposiciones reglamentarias que entrañen o fomenten un acto de discriminación en razón del origen racial de una persona, grupo o institución³⁷.

En este sentido, es pertinente recordar la declaración de principios que realiza la CERD en su artículo 2º, donde señala que “[l]os Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas”. La obligación contraída por Chile con la ratificación de la CERD no se ha visto del todo cumplida, no tan solo por la ausencia de reconocimiento legal, sino por la falta de incorporación -de manera directa y eficaz- a la población afrodescendiente en las políticas públicas del país, cuestión que ayudaría a promover el entendimiento y la tolerancia entre las personas que habitan nuestro territorio.

Como complemento, el artículo 5º de la CERD refuerza la obligación del Estado de prohibir y eliminar la discriminación, lo cual debe ser cristalizado en el reconocimiento normativo³⁸. De esta forma, el proyecto analizado viene a dar cumplimiento a parte de estas obligaciones, de manera directa o indirecta, según se observa en el análisis de sus articulados que se presenta a continuación.

El primer artículo del proyecto busca el reconocimiento legal de la población afrodescendiente en Chile y de su condición de pueblo tribal. En este sentido, resulta relevante el rescate y reconocimiento oficial de su identidad cultural -comprendiendo su idioma, tradiciones, cultura, instituciones y cosmovisión-, con lo cual se asegura el goce y ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, tal como lo indica el artículo 1º de la CERD, así como las orientaciones que los sistemas de protección regional y universal han provisto en el último tiempo³⁹.

La existencia de un marco normativo que brinde reconocimiento estatal explícito a los derechos de los pueblos afrodescendientes es una preocupación manifestada por la CIDH⁴⁰, siendo Chile uno de los países que aún no realiza acciones al respecto. Esto, en un contexto

³⁷ INDH, Informe Anual 2014 sobre la Situación de Derechos Humanos en Chile, capítulo “Derechos de las personas Afrochilenas”, pág. 128.

³⁸ “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”.

³⁹ En especial la actividad de la CIDH y su informe “La situación de las personas Afrodescendientes en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II 5 de diciembre de 2011. Para mayor información respecto de la situación en Chile ver “Informe Final del Proyecto Recolección y clasificación de datos etnoterritoriales afrodescendientes de la Región de Arica y Parinacota”. Municipalidad de Arica, Oficina Afrodescendiente y Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Marzo 2017.

⁴⁰ CIDH, La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, de fecha 5 de diciembre de 2011, pág. 65.

regional donde países como Bolivia, Ecuador, Brasil y Colombia lo han realizado incluso por la vía constitucional⁴¹.

El artículo 2° del proyecto de ley, busca definir lo que se entenderá por afrodescendientes chilenos, lo que tiene como primer requisito la ostentación de la nacionalidad según lo estipulado actualmente en la Constitución Política de la República. Esto es complementado con la existencia de elementos culturales compartidos por el pueblo afrodescendiente, es decir, aquellos que definen su identidad. En este sentido, el artículo dispone un sentido amplio a la definición de afrodescendencia, en la medida que incorpora elementos subjetivos como el auto reconocimiento de su calidad de descendientes de la diáspora africana⁴².

Por su parte, en América Latina y el Caribe este concepto se refiere a las distintas culturas “negras” o “afroamericanas” que emergieron de los descendientes de africanos, quienes sobrevivieron a la trata o al comercio esclavista que se dio en el Atlántico desde el siglo XVI hasta el XIX⁴³.

El artículo 3° busca el reconocimiento de la cultura africana como patrimonio inmaterial del país, la cual se mantiene presente a través de sus descendientes, así como la posibilidad de desarrollar y difundir dicha cultura. La necesidad de protección y promoción por parte del Estado en esta materia, se encuentra presente en este artículo al exigir la valoración presente y futura de este patrimonio inmaterial. Esto incluye las tradiciones, danzas, medicina, vestimenta, y todo aquello que conforme la identidad cultural de la diáspora africana, cuestión que contribuye además a visibilizar la diversidad cultural y al enriquecimiento de la identidad nacional. El respeto por la cosmovisión, tradiciones y cultura es parte de los desafíos que tienen pendientes los Estados verificados por la CIDH, en especial por las situaciones de discriminación y violencia que enfrentan las mujeres afrodescendientes⁴⁴.

⁴¹ El artículo 3 de la Constitución de Bolivia establece: “[...] la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”. El artículo 56 de la Constitución de la República de Ecuador establece: “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”. El artículo 215, inciso 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil establece: “El Estado protegerá las manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afro-brasileñas y los otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional”. El artículo transitorio 55 de la Constitución de la República de Colombia establece: “Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”.

⁴² En particular, el artículo establece: “Se entiende por afrodescendientes chilenos al grupo humano que, teniendo nacionalidad chilena en conformidad a la Constitución Política de la República, comparte la misma cultura, historia, costumbre, unidos por la conciencia de identidad y discurso antropológico, descendientes de la diáspora africana, y que se auto identifique como tal”.

⁴³ Fabiana Del Popolo, Seminario “Visibilidad estadística de las personas afrodescendientes en Chile”, 13 de abril 2016.

⁴⁴ CIDH, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007, párr. 215.

El artículo 4° del proyecto viene a dar cumplimiento al estándar contenido en el artículo 7° de la CERD, donde la obligación de los Estados respecto a la toma de medidas en el ámbito de educación y enseñanza, resultan fundamentales al momento de combatir las manifestaciones del racismo contra la población afrodescendiente⁴⁵. Esto es de vital importancia, sobre todo por el impacto de la situación de discriminación estructural y social a que pueden estar afectos los niños y niñas afrodescendientes, teniendo en cuenta su especial situación de vulnerabilidad. En este sentido, la inclusión del conocimiento de la cultura afro en los diseños curriculares escolares, así como en la preparación de los profesores y personas que trabajen en los establecimientos educacionales, resultan prioritarias para lograr una efectiva inclusión, prevenir la discriminación y sobre todo garantizar sus derechos⁴⁶. Por otro lado, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) establece el derecho a la educación de niñas y niños respetando sus tradiciones culturales y ancestrales⁴⁷, asunto que estaría en sintonía con la disposición de la moción parlamentaria.

Una de las mayores preocupaciones relacionadas con el proyecto de ley, se encuentra en la redacción del artículo 4° que, si bien busca una acción fundamental por parte del Estado, como es la inclusión en el sistema de educación chileno de la historia, lenguaje y cultura de la población afrodescendiente, no parece clara la obligación estatal al usar el vocablo “procurará”, cuya acepción es amplia y fácilmente justificable en caso de incumplimiento. En relación a esto, es necesario que se enfatice la obligación del Estado utilizando un verbo rector de mayor fuerza vinculante, por ejemplo “asegurar” o “garantizar”, que abone al seguimiento posterior del cumplimiento de esta obligación.

De esta forma, es necesario que el artículo 4° sea profundizado, no tan solo para cristalizar la obligación del Estado de manera más directa y exigible, sino también para articularse con el actual sistema de educación, buscando de esta manera cumplir con los estándares internacionales sobre derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes contenidos en la CDN. En este sentido, resulta relevante lo contenido en el artículo 30 de este tratado, que establece: “*en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma*”⁴⁸.

La cuestión sobre la consulta indígena abordada en el artículo 5°, releva la necesidad de determinar si la población afrodescendiente chilena constituye población que pueda considerarse como de carácter “tribal”, lo que no resulta del todo claro de acuerdo a los antecedentes aportados por el proyecto de ley. Lo anterior para los efectos de aplicárseles lo señalado en el artículo 6° letra a) del Convenio 169 OIT respecto del deber de “*consultar a los*

⁴⁵ “Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención”.

⁴⁶ CIDH. La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, de fecha 5 de diciembre de 2011, pág. 30.

⁴⁷ Art. 29.1, letras C, D y E de la Convención de los Derechos del Niño.

⁴⁸ Art. 30 de la Convención de los Derechos del Niño.

pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

El artículo 6° se hace cargo de la necesidad de considerar a las personas afrodescendientes en las mediciones y estadísticas nacionales, incorporando una categoría dentro de los pueblos tribales e indígenas ya reconocidos. Así, la moción parlamentaria contribuye a subsanar la falta de estadísticas, al mandar la inclusión de la categoría “afrodescendiente” en el Censo de población. Sin embargo, también es necesario incluir a esta población dentro de otras mediciones de relevancia en el país⁴⁹, tal como lo han hecho los demás países de la región⁵⁰.

Respecto al artículo final, si bien puede entenderse como la búsqueda de la ejecución de lo indicado en los artículos 4° y 6° a través de reglamentos ministeriales, nuevamente se observa una falta de fuerza en el lenguaje utilizado, dejando al arbitrio del Ejecutivo la decisión sobre la dictación o no de reglamentos que complementen la ejecución de estas obligaciones. Que el proyecto de Ley entregue parte de la ejecución de los fines del mismo a la potestad reglamentaria propia del poder Ejecutivo, parece lógico y una técnica legislativa recurrente, pero esto puede representar un riesgo para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, al no hacerse cargo la tramitación de asegurar el respeto de estándares de protección y principios rectores mínimos al momento de la implementación futura de la Ley.

IV. Conclusiones

- El INDH comparte plenamente la necesidad y fondo del proyecto de Ley presentado y en actual discusión, reconociendo, una necesidad de integración y garantía de derechos a esta población que actualmente reside en nuestro país en la provincia de Arica, en los valles de Azapa, Lluta y Codpa, teniendo como requisitos comunes el desplazamiento de sus ancestros como consecuencia de la esclavitud y la denegación histórica de derechos fundamentales
- Por lo anterior, resulta del todo necesario propender a su visibilización a través de la promoción de su cultura, acciones de educación, inclusión social y cuantificación oficial por parte del Estado. Si bien es cierto, este proyecto contribuye a estos fines, no resulta del todo suficiente, sobre todo por lo reducido de los aspectos abordados, los cuales se centran en el reconocimiento legal y cultural de los afrodescendientes, dejando de lado aspectos base para el desarrollo integral y digno de un grupo de personas históricamente vulnerado, como son la vivienda, salud, previsión social, participación activa, trabajo, entre otros. Sin abordar estos otros aspectos, el proyecto lograría únicamente tener un efecto simbólico en el plano cultural, visibilizando un tema en que existía un importante déficit histórico, pero sin lograr avanzar más allá en cuanto al conjunto de efectos prácticos en que se pretende incidir.
- Resulta necesario, además, mejorar la forma en que quedarán plasmadas en el proyecto las obligaciones del Estado de una manera más directa y exigible que como está señalado en su

⁴⁹ De acuerdo a lo informado por el Ministerio de Desarrollo Social en el marco de la preparación de la CASEN 2017, se incluirá una pregunta que busca levantar el dato de la población afrodescendiente en Chile. En la actualidad, el INDH ha sido convocado para entregar sus observaciones al diseño de dicha propuesta.

⁵⁰ Según los antecedentes entregados por el Observatorio Social en el marco de la preparación de la CASEN 2017, Argentina, Bolivia, Perú, Ecuador, entre otros, han realizado esta consulta en sus respectivos censos de población.

articulado. Ello, incluyendo una definición de los organismos públicos que se harán cargo de la promoción de los derechos de este colectivo, evitando dilaciones e interpretaciones futuras, que dejen al arbitrio de un Gobierno la decisión sobre la ejecución o no de lo mandatado por Ley. Lo anterior, complementado con la necesaria incorporación de disposiciones que traten de manera directa la erradicación de todas las formas de discriminación hacia la comunidad afrodescendiente, asumiendo efectivamente la obligación de los órganos del Estado en este sentido.

- De especial atención, es el fortalecimiento del proyecto en relación a la situación de especial vulneración de niñas y niños afrodescendientes, sobre todo en el sistema educativo, buscando prevenir tratos discriminatorios y promover su plena inclusión social.
- Por último, es necesario generar el reconocimiento legal de la población afrochilena, basado en las contribuciones que los pueblos afrodescendientes, han hecho al proceso histórico de conformación de identidad cultural, promoviendo su valoración y respeto, evitando que se acentúen las manifestaciones estructurales de discriminación hacia esta población.
- El reconocimiento al pueblo afrodescendiente y la divulgación de este hecho en la población chilena en general, constituirá, además, un punto de partida para la construcción de políticas públicas orientadas a la protección y garantía de los derechos humanos de los que son titulares, resguardando su dignidad y el pleno goce de los mismos⁵¹.

⁵¹ CIDH, La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, de fecha 5 de diciembre de 2011, párr. 6.