



Proyecto de reconocimiento del pueblo tribal afrochileno: alcances legales

Segundo trámite constitucional

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Correo-e:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno (Boletín N° 10625-17)

N° SUP: 117636

Resumen

El proyecto de ley propone dar reconocimiento legal en calidad de pueblo tribal a los afrodescendientes chilenos. Esta categoría no es ajena al derecho chileno, pues fue incorporada con la ratificación del Convenio 169 de la OIT. En la medida en que el pueblo afrochileno cumple con los elementos objetivos y subjetivos exigidos en dicho instrumento, el proyecto se limita a dar certeza jurídica a su carácter de pueblo tribal.

El proyecto además exige que el grupo tenga la nacionalidad chilena. Esto pareciera responder a la necesidad de acotar el alcance del reconocimiento a las comunidades afrochilenas que históricamente han habitado en Chile. Sin embargo esta solución podría ser problemática, porque no logra generar un límite al reconocimiento consistente con la finalidad del proyecto, al tiempo que puede producir exclusiones arbitrarias, que violen la autonomía del grupo para definir quienes son sus miembros.

El reconocimiento explícito del derecho a la consulta previa, y en general, las obligaciones estatales establecidas en el proyecto, podrían interpretarse como limitaciones a la aplicabilidad del Convenio 169 de OIT, lo que acarrearía la responsabilidad internacional del Estado. Una interpretación acorde con el estándar internacional es que el Convenio es aplicable íntegramente al pueblo afrodescendiente chileno.

El proyecto identifica ciertos elementos de la cultura afrochilena como parte del patrimonio cultural inmaterial del país. Esta cuestión podría requerir de la participación del pueblo concernido, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos y de protección patrimonial.

Por otro lado, las obligaciones estatales en materia educacional podrían requerir de un análisis más profundo para determinar la técnica legislativa más apropiada.

Finalmente, el proyecto incluye una obligación de incluir al pueblo afrochileno en los censos, aunque utiliza una fórmula matizada que podría contradecir los objetivos de propio proyecto.

Introducción

En el marco de la discusión en segundo trámite constitucional del Proyecto de Ley que otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno (Boletín N° 10625-17), se evacua el presente informe, que analiza el texto propuesto a partir de su fundamentación y de la tramitación legislativa, exponiendo los puntos poco claros o que podrían generar dudas.

Su primer apartado describe brevemente el contenido del proyecto, indicando las principales modificaciones sufridas en el primer trámite constitucional. En el segundo apartado se analiza el texto del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, teniendo presente los estándares internacionales de derechos humanos y de protección del patrimonio inmaterial.

I. Breve descripción del proyecto y su tramitación legislativa

En abril de 2016, un grupo de diez diputadas y diputados ingresó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que busca otorgar el reconocimiento al pueblo tribal afrodescendiente chileno¹. Este fue aprobado por la Cámara de Diputados en octubre de 2017, ingresando seguidamente a la cámara revisora.

De acuerdo al texto de la iniciativa legal, el proyecto se funda en la presencia histórica de los afrodescendientes en el país desde la llegada de los europeos al continente, su destacada participación en la gesta independentista, y en general, en la "negación histórica de los aportes negros en la conformación de la nación chilena"².

Respecto de la población afrodescendiente, el proyecto destaca que no existen cifras precisas, ya que los censos nacionales actuales no incluyen esta categoría entre sus preguntas de auto-identificación étnica. Ahora bien, el proyecto alude a los resultados de una encuesta del INE realizada en 2013 a instancias de las organizaciones afrochilenas, la cual consigna que casi un 5% de la población de Arica se identifica como tal .

Finalmente, se mencionan los compromisos internacionales en materia de prevención de la discriminación y el racismo, en particular, la Declaración de Durban, emanada de la III Conferencia Mundial contra el Racismo (2001), organizada por Naciones Unidas, donde se reconoce la denegación histórica de los derechos de los afrodescendientes y se adquiere el compromiso de erradicar todas las formas de discriminación que los afectan.

El proyecto fue aprobado en primer trámite sin cambios mayores. La única excepción a esto es el inciso primero del artículo 1, que fue eliminado por sugerencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara Baja. La disposición contenía un reconocimiento de la historia de discriminación y estigmatización sufrida por la población afrodescendiente en Chile desde la época colonial, la cual era calificado como un crimen internacional de lesa humanidad³.

¹ Boletín 10.625-17.

² Boletín 10.625-17:2.

³ Comisión de Derechos Humanos Cámara de Diputados, 2017:12

El Informe de dicha Comisión consigna que la historiadora invitada, Ema de Ramón, manifestó su desacuerdo con la calificación de los vejámenes sufridos por esta población como genocidio⁴. Por su parte, el representante de la subsecretaría de DD.HH. del Ministerio de Justicia, señaló que su repartición no era partidaria de incluir tal disposición en la ley, aunque no señaló sus motivos⁵.

En cuanto al contenido del proyecto en su versión aprobada por la Cámara, este hace un reconocimiento del pueblo tribal afrochileno y su identidad cultural y ofrece una definición del mismo. Además reconoce, valora y ordena proteger el patrimonio inmaterial afrochileno y lo considera como parte del patrimonio del país. Finalmente, ordena la inclusión de la categoría "afrodescendiente" como grupo tribal conforme al Convenio 169 de la OIT en los censos nacionales, y explicita la aplicabilidad de la consulta previa indígena establecida en dicho instrumento internacional.

II. Análisis del proyecto de ley

En este apartado se analizan las disposiciones del proyecto, teniendo a la vista especialmente el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, tratado internacional vigente y ratificado por Chile que aborda la materia.

1. Reconocimiento legal

El artículo 1° del proyecto aprobado en primer trámite constitucional otorga el reconocimiento legal a los afrochilenos en los siguientes términos:

Artículo 1.- La presente ley otorga el *reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno*, y a su identidad cultural, idioma, tradición histórica, cultura, instituciones y cosmovisión [énfasis añadido].

El concepto de "pueblo tribal" no es ajeno al ordenamiento jurídico chileno, pues ingresó a este con la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Este reconoce a los pueblos indígenas y tribales el carácter de titulares de derechos colectivos, e impone al Estado las obligaciones correlativas.

El Convenio designa como pueblos tribal a aquellos grupos humanos que habitan 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". A este criterio objetivo, consistente en la diferencia cultural respecto de la colectividad nacional, se agrega el criterio subjetivo de la "conciencia de su identidad [...] tribal", como "criterio fundamental" para establecer qué grupos son considerados tribales.

En este sentido, el reconocimiento establecido en el proyecto es de carácter *legal*, no solo porque está contenido en una ley, sino que también porque otorga certeza jurídica a la calidad tribal del pueblo afrodescendiente chileno, reconociendo la aplicabilidad del estatuto internacional que corresponde a

⁴ Señaló que "lo que ocurrió en nuestro país con los afrodescendientes no cabe en la categoría de genocidio, pues este se originó en África" (Comisión de Derechos Humanos Cámara de Diputados, 2017:12)

⁵ Comisión de Derechos Humanos Cámara de Diputados, 2017:13

tal calidad. Como sugiere el título del proyecto de ley, su objetivo es "otorgar el merecido reconocimiento *formal* al pueblo tribal afrodescendiente chileno"⁶.

Lo anterior se confirma al constatar que el artículo 6° del proyecto establece que la inclusión de la categoría "afrodescendiente" en los censos, debe hacerse "dentro del grupo tribal afrodescendiente de acuerdo al Convenio N° 169".

2. Sujeto reconocido: pueblo tribal afrodescendiente chileno

El artículo 2 define lo que entiende por afrodescendiente chileno en los siguientes términos:

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 identifica a sí mismo como tal.

Esta definición se refiere al "grupo humano", lo que es consistente con la referencia del artículo 1° "pueblo tribal afrodescendiente chileno". En otras palabras, lo que se está reconociendo es una identidad sociocultural colectiva, y no una identidad individual.

Al igual que la definición internacional, el proyecto identifica a su sujeto basándose en la distinción cultural (elemento objetivo) y en la autoidentificación (elemento subjetivo). Conforme a este, el pueblo tribal se define por compartir cultura, historia y costumbres, las que serían distinguibles por (i) la conciencia de identidad; (ii) por el discurso antropológico; y (iii) por el vínculo que los une con el proceso histórico de la diáspora africana, con el cual se identifican. Adicionalmente, el proyecto agrega como requisito que se trate de un grupo humano que tenga la nacionalidad chilena.

A continuación, se analizan algunos elementos que merecen un examen más profundo.

2.1. La cuestión de la nacionalidad y el alcance del reconocimiento

El proyecto "entiende por afrodescendientes chilenos al grupo humano que, teniendo la nacionalidad chilena en conformidad a la Constitución Política de la República" cumpla con el resto de los elementos arriba mencionados. Esta redacción sugiere que se trata de una exigencia dirigida al grupo. Si bien el derecho chileno reconoce que entidades colectivas, en particular las personas jurídicas, tengan nacionalidad, esto no parece coherente con el resto del proyecto, que trata a los afrochilenos como una colectividad sociocultural e histórica, titular de derechos.

Una interpretación alternativa, que se aleja de la redacción del texto, sería que la exigencia es que los miembros del pueblo tribal sean de nacionalidad chilena. Esto podría estar justificado en la medida en que el proyecto busca reconocer como pueblo tribal únicamente a los descendientes de la diáspora africana que históricamente han vivido en el territorio de Chile, y no a aquellos asentados en otras latitudes del continente.

⁶ Boletín 10.625-17:2.

Si esta fuera la intención del legislador, la propuesta podría tener dos problemas. Por un lado, parece insuficiente para acotar el alcance del reconocimiento a la diáspora afrochilena histórica, puesto que la diáspora africana es un fenómeno de alcance mundial y que registra distintos flujos migratorios que llegan hasta el día de hoy. Es posible que, por ejemplo, descendientes de migración afroperuana o afrocolombiana reciente, tengan la nacionalidad chilena y cumplan con los demás requisitos del proyecto, pudiendo acceder a la categoría de pueblo tribal, a pesar que el proyecto parece tener otro objetivo. Por otro lado, la exigencia de la nacionalidad chilena podría excluir a miembros del grupo tribal afrochileno que, por distintas circunstancias, no la posean, lo que podría contravenir la autonomía tribal en materia de determinación de su membresía⁷.

2.2. El rol de la antropología

El proyecto de ley asigna a lo que denomina "discurso antropológico" el rol de unificar la cultura, historia y costumbres del grupo. Esto resulta problemático por varias razones. En primer lugar, no está claro a qué se refiere. ¿Es el propio grupo el que debe tener un discurso antropológico o es la antropología la que debe proveerlo? Si la respuesta es la primera, el problema persiste, ¿qué significa que un grupo humano tenga un discurso antropológico sobre su pertenencia identitaria? Si la respuesta es la segunda, ¿qué pasa si la disciplina tiene más de un discurso sobre la cuestión? Esto levanta una segunda cuestión, ¿cuál sería la justificación para asignarle este rol?

Es posible que la intención del legislador al invocar a la antropología en la disposición sobre la definición del grupo tribal reconocido, sea la de asignarle a esta, en tanto ciencia social, el rol de verificar la existencia de los elementos objetivos exigidos en la disposición: que el grupo tenga una misma cultura, historia y costumbres provenientes de la diáspora africana. Si este fuera el caso, el texto podría requerir una aclaración.

3. Derechos reconocidos: Convenio 169 y consulta previa tribal

Como se ha señalado, la categoría de pueblo tribal está presente en el ordenamiento jurídico chileno desde la ratificación del Convenio 169 y el proyecto aclara que es aplicable a los afrodescendientes chilenos. Esto se desprende de tres elementos presentes en el proyecto: (i) la designación de los afrochilenos como pueblo tribal; (ii) de la definición de pueblo afrodescendiente chileno que contiene los elementos de la definición internacional de pueblo tribal; y (iii) de la referencia explícita que se hace al Convenio 169 tanto respecto del derecho de consulta previa como respecto de su inclusión en los censos nacionales.

En este sentido, el proyecto formalizaría y daría certeza respecto de la aplicabilidad de los derechos y obligaciones contenidos en el Convenio 169 al pueblo tribal afrodescendiente chileno.

⁷ En este sentido, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (2007), firmada por Chile establece que "[l]os pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate". Cabe tener presente que la Declaración no distingue entre pueblos indígenas y pueblos tribales, pero la tendencia internacional es a asimilar ambas categorías. Así lo establece el Convenio 169, y lo reafirman las opiniones de sus organismos de control (Meza-Lopehandía, 2013). está la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha hecho aplicables a comunidades afrodescendientes los derechos territoriales de los indígenas (cfr. caso Saramaka vs. Surinam, de 2007).

También es posible interpretar que el proyecto sólo reconoce los derechos explícitamente mencionados en el texto, esto es, el derecho a la consulta previa, e implícitamente, el derecho a exigir las obligaciones estatales que se establecen. Ahora bien, dar este alcance restrictivo al texto podría implicar la responsabilidad internacional del Estado de Chile, en relación con las obligaciones relativas a pueblos tribales contenidas en el Convenio 169. Por esto, podría ser conveniente ajustar la redacción.

El artículo 5° del proyecto señala explícitamente que:

Los afrodescendientes tienen el derecho a ser consultados *mediante el Convenio N° 169* [...] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, *en particular* aquellas que digan relación a políticas sociales, culturales y educacionales o que afecten a la comunidad afrodescendientes en sus derechos de tercera generación⁸.

La disposición reproduce parcialmente la fórmula del Convenio 169, pero subsana cualquier omisión al ordenar que la consulta se haga "mediante el Convenio 169". Esto implica que debe realizarse en forma previa a la adopción de la medida propuesta, a través de "procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas [...] de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"⁹.

Por otro lado, el texto se refiere a ciertas materias "en particular" que deben ser consultadas, incluyendo aquellas que afecten los derechos de tercera generación, esto es, los derechos sociales¹⁰. Aquí la cuestión es determinar si esto supone una restricción o solo una enumeración abierta. Una interpretación restrictiva podría implicar la responsabilidad internacional del Estado.⁴ Obligaciones estatales

Al igual que en el caso de los derechos reconocidos, la designación del pueblo afrochileno como pueblo tribal, haría aplicables las obligaciones estatales respecto de aquellos, contenidas en el Convenio 169. Sin perjuicio de aquello, el texto reconoce tres conjuntos de obligaciones específicas, relativas a patrimonio inmaterial, sistema educacional y censos nacionales.

4.1. Patrimonio cultural inmaterial

En esta materia, el artículo 3° del proyecto establece (i) un deber de valorar, respetar y promover ciertos elementos de la cultura afrochilena ("saberes, conocimientos tradicionales, medicina tradicional, idiomas, rituales, símbolos y vestimentas") y (ii) los reconoce como patrimonio cultural inmaterial del país.

Ambos aspectos de la disposición se vinculan con la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO, ratificado por Chile en 2003. El primero, en tanto obliga, entre otras

⁸ Énfasis añadido.

⁹ Art. 6 Convenio 169 de OIT.

¹⁰ La nomenclatura de generaciones de derechos ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina por resultar imprecisa tanto desde el punto de vista histórico como dogmático. Sobre el tema ver BCN (2018), especialmente pp. 5 y 6.

cosas, a salvaguardar y a respetar el "patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate"¹¹. El segundo, constituye una identificación del patrimonio cultural inmaterial, lo que a su vez es una medida de salvaguardia establecida en la propia Convención. Ahora bien, cabe recordar que la Convención exige que dicha identificación se haga "con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes"¹², lo que es consistente con los derechos de participación y consulta establecidos en el Convenio 169.

En el artículo 4° se añade la obligación de promover sus expresiones artísticas y culturales en todos los niveles educativos, lo que se ajusta a las obligaciones establecidas en la Convención de la UNESCO, relativas a la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial a través de su transmisión mediante enseñanza formal e informal¹³.

4.2. Visibilización de los afrochilenos en el currículum escolar

El artículo 4° explicita la obligación de "procurar" incluir una unidad programática en el sistema nacional de educación, relativa a "la historia, lenguaje y cultura de los afrodescendientes".

En esta materia, el Convenio 169 establece una obligación de este orden, pero sólo respecto de la educación destinada a los pueblos interesados.¹⁴ De esta manera, el proyecto se alinea con lo establecido en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, que en su artículo 15 establece el "derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública"¹⁵.

Cabe consignar que tanto este mandato de procurar incluir una unidad programática, como el relativo a la promoción de las expresiones culturales y artísticas en todos los niveles educativos, pueden requerir un análisis más profundo de la manera en que está organizado el currículum escolar nacional, de manera de establecer con mayor precisión dónde debería incorporarse en el ordenamiento jurídico, y la intensidad del mandato¹⁶.

¹¹ Art. 1a y 1b Convención Patrimonio Cultural Inmaterial.

¹² Art. 2.3 Convención Patrimonio Cultural Inmaterial.

¹³ Art. 2.3 Convención Patrimonio Cultural Inmaterial.

¹⁴ El art. 27.1 señala: "Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán [...] abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales".

¹⁵ Sobre la aplicabilidad de este instrumento a los pueblos tribales, ver nota 7.

¹⁶ El proyecto utiliza la construcción "[e]l sistema nacional de educación de Chile *procurará contemplar* una unidad programática [...]". Otras leyes que mandatan incluir contenidos en la formación escolar usan voces más enfáticas. Por ejemplo, la Ley N° 20.911 que crea el plan de formación ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado, señala en su artículo único que "[l]os establecimientos educacionales reconocidos por el Estado *deberán incluir* en los niveles de enseñanza parvularia, básica y media un Plan de Formación Ciudadana [...]"

4.3. Inclusión en los censos nacionales

El artículo 6° establece que "[el Estado *procurará incluir* en censos de la población nacional la categoría afrodescendiente dentro del grupo tribal afrodescendiente de acuerdo al Convenio N° 169". Se destaca el uso de la construcción "procurará incluir" en vez de alternativas más enfáticas como "deberá" o "incluirá", las que parecen más acordes con lo señalado en la fundamentación del proyecto:

Por ello, el presente proyecto se funda en la idea matriz del reconocimiento legal del pueblo tribal afrodescendiente chileno. De dicho reconocimiento se derivan objetivos como [...] 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".¹⁷

Bibliografía

¹⁷ Boletín N° 10.625-17: p. 13.

BCN. (2018). La consagración constitucional de los de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Derecho Comparado. Elaborado por Christine Weidenslaufer.

Boletín N° 10.625-17. (2016). Proyecto Otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno [moción]. Disponible en: <http://bcn.cl/27bps> (octubre, 2018).

Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de la Cámara de Diputados. (2017). Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el proyecto de ley que otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno. Boletín N° 10.625-17. Disponible en: <http://bcn.cl/27bq3> (octubre, 2018).

Meza-Lopehandía, M. (2013). El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez-. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom ediciones: pp. 337-440.

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)