

EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y EL ORIGEN ÉTNICO

Gonzalo Aguilar Cavallo¹

DATA DE RECEBIMENTO: 24/06/2019

DATA DE APROVAÇÃO: 15/07/2019

INTRODUCCIÓN

Aun cuando, a veces, nos parezca increíble y pensemos que ciertos acontecimientos solo se pueden encontrar en una novela surrealista, la realidad cotidiana nos sorprende. En este trabajo nos referiremos a actos de discriminación que afectan a miembros de pueblos indígenas, en particular, mapuches. Estos actos que representan la negación de la dignidad inmanente del ser humano cuestionan los procesos civilizatorios y resquebrajan el principio elemental de humanidad, que se cuenta entre aquellos que el derecho internacional refiere como principios reconocidos por las naciones civilizadas.² En este contexto, el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación emergen como un derecho fundamental en el más amplio sentido de esta palabra. En sociedades desiguales, como la chilena, este derecho adquiere aun mayor relevancia.

En los últimos días, se han conocido noticias que apuntan al corazón de la sociedad desigualitaria e inequitativa chilena, especialmente, en la vertiente de la discriminación racial o bien por el origen étnico. ¿Cuáles serían los principales criterios orientadores, tanto para poderes público como privados, en orden a suprimir comportamientos u omisiones que tengan como causa o bien como resultado una diferencia de trato basada en la raza o el origen étnico? En nuestra opinión, dichos principios o directrices se encuentran o deberían encontrarse a la base de un sistema jurídico democrático fundado en un enfoque de derechos humanos. En el siglo XXI, este enfoque se ha convertido en una rica fuente legitimadora del ejercicio del poder estatal como asimismo del poder de los particulares.

¹ Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). E-mail: gaguilar@utalca.cl.

² Vid. artículo 38.1. c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En esta comunicación, pretendemos examinar brevemente, algunos criterios orientadores basados en un enfoque de derechos humanos que tiendan a impedir toda discriminación racial o basada en el origen étnico. Particularmente, nos interesa abordar el contexto de los pueblos indígenas en Chile.

Este trabajo se divide en dos partes. La primera, aborda el análisis de dos interesantes casos que ha examinado la Corte Suprema a miembros de pueblos indígenas, particularmente, mapuches. En la segunda, a partir de este análisis de casos, se analizan brevemente algunos de los principios básicos que deben respetarse en orden a prevenir incurrir en conductas u omisiones basadas en discriminación racial o por el origen étnico.

1 LA DISCRIMINACIÓN POR EL SÓLO HECHO DE SER INDÍGENA

En esta parte, presentaremos dos casos vinculados con actos de discriminación hacia personas, basados, esencialmente, en su pertenencia étnica, especialmente, al pueblo mapuche. A nuestro modo de ver, ambos casos dejan entrever la estigmatización y los estereotipos omnipresentes en la cultura nacional.

1.1 MUJERES INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL

En el año 2016, la Corte Suprema conoció de un caso que nos ha dejado pasmados. Una mujer mapuche, privada de libertad, dio a luz a su hija engrillada a la cama del hospital. En este caso, según la sentencia, la diferencia de trato proporcionada por Gendarmería se basaba, entre otras cosas, porque se trataba de una mujer mapuche.

La Corte Suprema, en una sentencia remarcable, acoge la acción de amparo y, asumiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala expresamente que se trata de una situación de discriminación interseccional, una de cuyas categorías prohibidas es el origen étnico de Lorenza Cayuhan Llebul. Esto es, Gendarmería se comportó de este modo, manteniéndola

engrillada, entre otras cosas, porque era mapuche. En efecto, los jueces supremos afirmaron que “es posible constatar indicios que permiten tener por acreditado que el maltrato recibido por la amparada también encuentra explicación en su pertenencia a una comunidad mapuche, lo que refuerza el origen discriminatorio de las actuaciones de Gendarmería.”³

Pero, además, la Corte Suprema resalta que “no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto -más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló-, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer.”

Esa ‘aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios’ alude a una suerte de acción afirmativa por parte de los agentes del Estado, en este caso, de Gendarmería de Chile que se requiere, respecto de Lorenza Cayuhan no sólo por el hecho de ser mujer privada de libertad en estado de gravidez, sino particularmente, porque pertenece a la comunidad mapuche, con una identidad cultural especialmente protegida por el derecho internacional de los derechos humanos, que debe ser respetada por todos.

³ Corte Suprema: Caso Lorenza Cayuhan. Acción de Amparo. Rol N° 92.795-2016. Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016. Considerando 15°.

1.2 NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

En el año 2018, la Corte Suprema conoció de otro caso sorprendente. Bajo el manto de un supuesto control de identidad, un grupo de carabineros ingresaron a un predio en el que se encontraban varios niños mapuches, obligándolos a desnudarse como parte de dicho control.⁴ Nosotros ya habíamos alertado acerca de los riesgos que implicaban para el disfrute pleno de los derechos humanos el denominado control preventivo de identidad y de los abusos a los que éste podía conducir.⁵ Una de las razones que habíamos proporcionado era que se corría un grave riesgo de afectar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, respecto de los cuales el Estado y sus agentes tienen un deber especial de garante. En este caso, la diferencia de trato proporcionada por Carabineros podría haber estado vinculada, entre otras cosas, con el hecho de que se trataba de un grupo de niños mapuches.

La Corte Suprema acogió el recurso de amparo presentado en este caso en favor de los niños mapuches, invocando como norma *decisoria litis* la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y aplicando criterios de interpretación propios de los derechos humanos, tales como el principio *pro homine*. En efecto, los jueces supremos señalaron que “las facultades de los policías para detener o retener a un ciudadano en la vía pública con el objeto de interrogarlo o registrarlo, están expresamente regladas en la ley, pues constituyen una limitación o restricción al derecho a la libertad personal, así como a los derechos a la privacidad, intimidad y a guardar silencio consagrados constitucionalmente,

⁴ “Denuncian que Carabineros obligó a desnudarse a niños mapuches en control policial”, en Cooperativa, Lunes 7 de mayo de 2018. Disponible en: <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/pueblos-origenarios/mapuche/denuncian-que-carabineros-obligo-a-desnudarse-a-ninos-mapuche-en-control/2018-05-07/134124.html>> [Visitado el 11/6/2018]; “Los obligaron a desvestirse: Comunidad mapuche de Ercilla denuncia amenazas de Carabineros hacia tres niños”, en El Desconcierto, 23 de marzo de 2018. Disponible en: <<http://www.eldesconcierto.cl/2018/03/23/los-obligaron-a-desvestirse-comunidad-mapuche-de-ercilla-denuncia-amenazas-de-carabineros-hacia-tres-ninos/>> [Visitado el 11/6/2018]

⁵ CECOCH: *Control preventivo de identidad y derechos humanos*. Disponible en: <<http://www.cecococh.cl/publicacion/control-preventivo-de-identidad-y-derechos-humanos/index.htm>>

facultades que, además, por disposición del artículo 5, inciso 2°, del Código Procesal Penal, deben interpretarse restrictivamente.”⁶

En momento en que escuchamos permanentemente a través de los distintos medio de difusión que hay que proteger a los niños, niñas y adolescentes de nuestras sociedades, que ellos son el futuro del país, y que le corresponde al Estado asumir un rol esencial en todo esto, este tipo de acontecimientos, caen como un balde de agua fría, y nos regresan a la realidad cotidiana de vulnerabilidad creciente de mucho niños, niñas y adolescentes indígenas.

2 PRINCIPIOS ELEMENTALES PARA PREVENIR, SANCIONAR Y REPARAR LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Discriminación es un acto u omisión, por esencia, violatorio de derechos humanos. Implica la negación misma del principio de igualdad intrínseca a toda la familia humana. En el *caso Atala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.”⁷

Desde el punto de vista de la jerarquía material del derecho a la igualdad y de la prohibición de la discriminación cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido reiteradamente que este derecho y la prohibición que le acompaña han alcanzado el estatus de una norma de *ius cogens*. En efecto, los jueces interamericanos han señalado lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio

⁶ Corte Suprema: *Control de identidad niños mapuches*. Recurso de Amparo. Sentencia de fecha 30 de mayo de 2018. Considerando 2°.

⁷ Corte IDH: *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, par. 79.

fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”⁸

En esta parte, pretendemos abordar, en primer lugar, los principios aplicables a la discriminación vinculada a los indígenas mapuches, al género como categoría prohibida y la discriminación interseccional. Luego, abordaremos los principios aplicables a la discriminación estructural, en relación específicamente con los indígenas mapuches. Nos gustaría dejar claro desde un inicio que cuando hablamos de discriminación nos estamos refiriendo a actos u omisiones que implican un trato diferenciado el cual es irracional o arbitrario, subjetivo y/o desproporcionado. Consecuentemente, evidentemente, no todo trato diferenciado es discriminatorio. Dicho de otro modo, un trato diferenciado no es discriminatorio si es racional, objetivo y proporcionado.⁹

2.1 DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL

La discriminación interseccional es una discriminación en la cual concurren dos o más categorías prohibidas las cuales producen un impacto en el goce pleno de los derechos del afectado que es superior a la simple sumatoria de cada una de las vulneraciones discriminatorias por separado, generándose consecuencias ampliadas en la afectación de los derechos de la víctima.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó esta situación en el impactante *caso González Lluy*. En este caso, el juez y actual Presidente de la Corte IDH, Ferrer MacGregor, explica con precisión esta figura. En efecto, señala que “No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activa o visibiliza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos”. “La interseccionalidad constituye un

⁸ Corte IDH: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 101; Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, par. 79.

⁹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 274.

daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional.”¹⁰

2.2 DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

La discriminación estructural es una discriminación cultural, enraizada en la vida y en la forma de ser de una determinada sociedad. Esta discriminación no es un acto aislado de tal o cual autoridad o privado, sino más bien que se trata de una discriminación omnipresente que forma parte de una herencia cultural de una determinada sociedad localizada en un espacio geográfico e histórico particular.

La Corte IDH ha indicado a este respecto, que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”¹¹

REFLEXIONES FINALES

Los casos que hemos examinado apuntan al corazón de los grandes desafíos que enfrenta la sociedad chilena contemporánea. Se trata de desafíos de gran envergadura, donde las normas de protección de los derechos humanos y la actuación pertinente de nuestros tribunales son necesarias, más no suficientes. La amenaza de la discriminación racial o por origen étnico es omnipresente. El Estado tiene el deber de desarrollar las políticas públicas necesarias para hacer frente a este flagelo. Los particulares, como componente de la sociedad, también tienen esta obligación. Las instituciones de educación, en todos los niveles del

¹⁰ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pars. 10 y 12.

¹¹ Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, par. 271.

proceso de formación del niño, niña y adolescente, están llamadas a jugar un rol clave y de largo aliento en esta materia. La erradicación de la discriminación en nuestras sociedades es un tema cultural que debe abordarse, entre otros lugares, en las aulas. Parfraseando las palabras del preámbulo de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura de 1945, 'puesto que la discriminación nace en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la igualdad'.