

PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO E DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

Gonzalo Aguilar Carvalho¹

Recebido em: 03/06/2025
Aceito em: 08/08/2025

gaguilar@utalca.cl

Resumen: El presente trabajo analiza una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que en 2024 condenó al Estado de Chile por violaciones de derechos humanos en perjuicio de 135 personas del Pueblo Mapuche, en el marco de las acciones del Consejo de Todas las Tierras (1989-1992) orientadas a la reivindicación territorial. El estudio recuerda la jurisprudencia previa del caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (2014), donde la Corte había advertido sobre la criminalización del ejercicio de derechos indígenas y el uso de estereotipos en procesos penales, especialmente a través de la aplicación de la ley antiterrorista. La Corte sostuvo que el empleo de razonamientos basados en prejuicios constituye una violación al principio de igualdad y no discriminación. En este contexto, el artículo se propone examinar dos aspectos centrales del fallo: i) la discriminación penal y procesal penal y la criminalización de las reivindicaciones territoriales indígenas; y ii) el reconocimiento del derecho humano a la autodeterminación y su proyección al caso mapuche.

Palabras-clave: Autodeterminación. Derechos humanos. Pueblos indígenas.

Resumo: Este trabalho analisa uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que em 2024 condenou o Estado do Chile por violações de direitos humanos contra 135 pessoas do povo Mapuche, no contexto das ações do Conselho de Todas as Terras (1989-1992) voltadas à reivindicação de terras. O estudo retoma a jurisprudência anterior do caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (2014), em que a Corte já havia destacado a criminalização do exercício dos direitos indígenas e o uso de estereótipos em processos penais, especialmente na aplicação da lei antiterrorista. A Corte considerou que o uso de argumentos baseados em preconceitos configura violação ao princípio da igualdade e da não discriminação. Nesse contexto, o artigo propõe-se a examinar dois pontos centrais do julgamento: i) a discriminação penal e processual penal e a criminalização das reivindicações territoriais indígenas; e ii) o reconhecimento do direito humano à autodeterminação e sua aplicação ao contexto mapuche.

Palavras-chave: Autodeterminação. Direitos Humanos. Povos indígenas.

1. INTRODUCCIÓN

En una causa que marca un hito en la historia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), esta ha condenado nuevamente a Chile por discriminación en causa sobre pueblos indígenas.

¹ Universidad de Talca

Cabe recordar que ya en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 2014, la Corte había condenado al Estado de Chile por criminalización del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y ejercicio sesgado y estereotipado de la persecución penal, especialmente, de la aplicación de la ley antiterrorista.

En efecto, la “Corte considera que la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento” (Corte IDH, 2014, par. 228). En este sentido, los “estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. Asimismo, la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias “basadas en estereotipos [...] socialmente dominantes y socialmente persistentes, [...] se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de [las autoridades]” (Corte IDH, 2014, par. 224).

En el caso *Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, mediante sentencia notificada el jueves 21 de noviembre de 2024, efectivamente, “la Corte IDH declaró a la República de Chile responsable internacionalmente por las violaciones a derechos humanos cometidas con ocasión del proceso penal contra 135 personas integrantes del Pueblo indígena Mapuche, en el contexto de las acciones emprendidas por la organización Consejo de Todas las Tierras en el periodo 1989- 1992, con el objeto de exigir la reivindicación” *de sus tierras* (Corte IDH, 2024). El abogado de las víctimas pertenecientes al pueblo mapuche fue el destacado abogado de derechos humanos D. Roberto Celedón Fernández.

En este texto pretendemos abordar dos de los principales reconocimientos efectuados por la Corte en esta trascendental sentencia. Por una parte, examinaremos la discriminación penal y procesal penal y la criminalización de las reivindicaciones territoriales indígenas. Por otra parte, abordaremos el reconocimiento del derecho humano a la autodeterminación y su aplicación al contexto mapuche.

2. ESTEREOTIPOS, DISCRIMINACIÓN PENAL Y PROCESAL Y CRIMINALIZACIÓN DE LAS REIVINDICACIONES TERRITORIALES INDÍGENAS

En el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 2014, la Corte ya había señalado que puede “haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado” (Corte IDH, 2014, par. 223; Corte IDH, 2010, par. 182). Además, los jueces interamericanos han indicado que el “principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa” (Corte IDH, 2013, par. 233). Contraviniendo este estándar, en el caso *Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, 2024, la Corte IDH ha indicado que “lejos de asumir con objetividad e imparcialidad la investigación de los hechos denunciados, el ministro instructor, desde un inicio, impulsó la dirección de la pesquisa en función de corroborar una conclusión asumida de antemano, lo que se verificó en la acusación y, a la postre, sirvió de sustento en la sentencia para declarar la responsabilidad penal de las personas procesadas” (Corte IDH, 2024, par. 132).

La aplicación discriminatoria de la ley penal se debe, en general, al uso e implementación, muchas veces tácita o por culturas aprehendidas, de estereotipos. Por ejemplo, en lo que respecta a la violencia contra la mujer, que es un tipo de discriminación de género, la Corte IDH “considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y

socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer” (Corte IDH, 2009, par. 401)².

En este sentido, y en el caso particular de Huilcamán Paillama y otros vs. Chile, 2024, “cabe recordar que la jurisprudencia interamericana ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos afectan la objetividad de los funcionarios encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho, y en su evaluación sobre la eficacia y el valor de los elementos de convicción que sean recabados, pudiendo incluso dar lugar a una denegación de justicia [...]. En tal sentido, el ejercicio de las funciones de investigación y juzgamiento desde la idea de un prejuicio o de criterios preconcebidos, fundados en estereotipos étnicos o raciales, como sucedió en este caso, afecta la garantía de imparcialidad” (Corte IDH, 2024, par. 133).

A este respecto, en su Recomendación General No. 31, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló:

“El derecho a un tribunal independiente e imparcial.

31. Los Estados Parte deberían velar firmemente por que los jueces, jurados y demás personas que intervienen en la administración de justicia estén exentos de todo prejuicio racial o xenófobo. [...]

33. A este respecto, los Estados Partes podrían tener en cuenta los “Principios de Bangalore sobre la conducta judicial” [...], en los que se

² La Comisión Interamericana en su informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” ha precisado que “[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” (CIDH, 2007); “Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños” (Corte IDH, 2012, par. 111).

recomienda, en particular: que los jueces sean conscientes de la diversidad social y de las diferencias asociadas a los orígenes, sobre todo raciales; que se abstengan en sus palabras y actos de toda parcialidad basada en el origen racial o de otra índole de las personas o grupos; que cumplan sus funciones con la consideración debida a todas las personas, sean las partes, los testigos, los abogados, el personal judicial y sus colegas, sin distinción injustificada; [y] que se opongan a que sus subordinados y los abogados manifiesten prejuicios o adopten un comportamiento discriminatorio contra una persona o grupo de personas sobre la base del color, origen racial, nacional, religioso, sexual o sobre la base de cualquier otro criterio no pertinente” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2005)³.

Por lo tanto, en el caso *Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, 2024, “los estereotipos constituyen preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características que corresponden a personas que pertenecen a un grupo identificado. En el caso concreto, los estereotipos y prejuicios étnicos o raciales se vieron manifestados desde el momento en que, en la perspectiva de quien denunció, así como de la autoridad que instruyó la investigación y juzgó los hechos, resultaba ilegítimo, y hasta ilegal, que miembros de un pueblo indígena, por su condición de tales, se organizaran en función de (i) proclamar una identidad distinta al resto de la población que habita el territorio del Estado, y de (ii) reivindicar los derechos que consideraban les eran inherentes, incluidas las tierras que reclamaban como despojadas” (Corte IDH, 2024, par. 239).

A los efectos de ponderar correctamente la envergadura de lo resuelto por la justicia interamericana, en el contexto de la prohibición de la discriminación, cabe recordar algunos de los parámetros o estándares mínimos que la Corte IDH ha desarrollado a este respecto. En este contexto, cabe recordar que la jurisprudencia interamericana, desde su primera época, en su Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, estableció que el valor y el principio de igualdad se encuentra íntimamente unido a la unidad de la naturaleza humana y que es inseparable del valor de la dignidad intrínseca del ser humano. Así, la Corte (1984, par. 55) se expresó diciendo:

³ Véase: Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, redactados por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, integrado por presidentes de tribunales supremos y magistrados de tribunales superiores, a invitación del Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito y en el marco del Programa mundial contra la corrupción, anexados a la Resolución 2006/23 de 27 de julio de 2006 del Consejo de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, valor 2.

“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 incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza” (Corte IDH, 1984, par. 55)⁴.

Además, en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, los jueces interamericanos sostuvieron la centralidad en el sistema de derechos humanos del principio de igualdad y de prohibición de la discriminación.

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, [...] al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio” (Corte IDH, 2003, p. 83).

En consecuencia, la igualdad y la prohibición de la discriminación van de la mano y constituyen dos caras de la misma moneda, son dos elementos inescindibles (Ziller, 2020, p. 60).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Comité de Derechos Humanos, 1989, par. 7; Corte IDH, 2003, par. 92).

Del mismo modo, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 2003, ha establecido el deber de los Estados de no adoptar regulaciones

⁴ Véase: Corte IDH (2002, par. 45) y Corte IDH (2003, par. 87).

discriminatorias, de suprimir regulaciones discriminatorias y de eliminar toda práctica discriminatoria, tanto administrativa como jurisprudencial. En efecto, los jueces interamericanos han sostenido lo siguiente:

“El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias” (Corte IDH, 2003, par. 88).

En cuanto a las distinciones legítimas y admisibles por el derecho, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” (Corte IDH, 1984, par. 55). Estos órganos jurisdiccionales han reconocido el estándar de que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” (Corte IDH, 2002, par. 46). También han agregado que la distinción será discriminatoria cuando sea desproporcionada. En específico, la Corte IDH ha sostenido que “en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla” (Corte IDH, 2002, par. 55).

Desde su jurisprudencia más temprana, la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) estableció, en 1968, que no toda diferencia de trato se encuentra prohibida y mencionó los criterios que debían imperar para considerar una diferencia de trato como discriminatoria. La Corte sostuvo que “el principio de igualdad de trato es violado si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser valorada en relación con el fin y los efectos de la medida en consideración, teniendo siempre en consideración los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. A diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no debe sólo perseguir un fin legítimo: el artículo 14 se viola del mismo modo cuando se establece claramente que no

hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido o que se busca realizar”⁵.

De una manera más sistematizada, los jueces europeos, Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda and Mast, en su voto colectivo disidente, concordando con el estándar general establecido por la Corte EDH, señalan las siguientes reglas, a los efectos de determinar si la diferencia de trato es legítima:

- 1) La distinción debe perseguir un fin legítimo;
- 2) La distinción debe tener una justificación objetiva;
- 3) Se viola el artículo 14 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos cuando se establece claramente que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido o que se busca realizar;
- 4) La existencia de esta relación razonable de proporcionalidad debe ser apreciada a la luz del conocimiento de los rasgos jurídicos y de facto que

⁵ “10. In spite of the very general wording of the French version (“sans distinction aucune”), Article 14 (art. 14) does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognised. This version must be read in the light of the more restrictive text of the English version (“without discrimination”). In addition, and in particular, one would reach absurd results were one to give Article 14 (art. 14) an interpretation as wide as that which the French version seems to imply. One would, in effect, be led to judge as contrary to the Convention every one of the many legal or administrative provisions which do not secure to everyone complete equality of treatment in the enjoyment of the rights and freedoms recognised. The competent national authorities are frequently confronted with situations and problems which, on account of differences inherent therein, call for different legal solutions; moreover, certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities. The extensive interpretation mentioned above cannot consequently be accepted.

It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14 (art. 14). On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the rôle of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention” (TEDH, 1968, par. 10)

Vease: TEDH (2002, par. 39); TEDH (2002, par. 42); TEDH (1998, par. 30).

caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que debe responder por la medida en discusión;

5) La Corte no puede en el ejercicio de su poder de apreciación, asumir el rol de autoridad nacional competente, ya que con ello perdería de vista su naturaleza subsidiaria de una maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Se sigue que las autoridades nacionales son libres para elegir las medidas que consideren apropiadas en estas materias que son gobernadas por la Convención y que la revisión por la Corte EDH sólo concierne a la conformidad de tales medidas con las exigencias de la Convención”, o sea, con su convencionalidad” (TEDH, 1968).

Una de las razones que justificarían, a la luz de los derechos humanos, una diferencia de trato serían desigualdades de hecho que podrían explicar e, incluso más, exigir de parte del Estado, legítima y justamente, una diferencia de trato jurídico, la cual se traduciría en la obligación positiva del Estado de adoptar medidas efectivas de trato diferenciado con el fin de alcanzar y lograr el objetivo de la igualdad (Akandji-Kombe, 2007, p. 57). A la base de esta diferencia de trato legítima se encuentra el valor de la justicia, la que justifica la protección de la parte débil y, por lo tanto, una dimensión de acción positiva, para la protección de la vulnerabilidad (Godden-Rasul, 2023, p. 597-618). En este sentido, la Corte IDH ha afirmado que “existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (Corte IDH, 2002, par. 46). Y, también, ha agregado que “partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones” y que se “trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse” (Corte IDH, 1984, par. 58).

En el caso de marras, el Estado no sólo no ha adoptado las medidas positivas de protección de los pueblos indígenas y sus miembros, atendida su especial situación de vulnerabilidad, sino que además ha realizado una diferencia de trato irracional, subjetiva y desproporcionada basada en la

categoría del origen racial o étnico, debido a estereotipos y estigmatizaciones profundamente arraigados en la historia, la cultura y la educación social de la sociedad.

Con base en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 2014, y en el caso *Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, 2024, se puede sostener que el Estado de Chile, a través de sus órganos, habría desarrollado en contra del pueblo indígena, lo que se conoce con el nombre de una discriminación sistémica.

Desde el punto de vista de la conceptualización de este tipo de discriminación, en el seno del Consejo de Europa, en 2020 y 2024 se han producido textos que abordan y desarrollan el tema de la discriminación sistémica. En efecto, en 2020, en un Estudio de Política, se definió la discriminación sistémica de la siguiente manera:

“La discriminación sistémica implica los procedimientos, las rutinas y la cultura organizacional de cualquier organización que, a menudo sin intención, contribuye a alcanzar resultados menos favorables para los grupos minoritarios en relación con la mayoría de la población, considerando las políticas, los programas, el trabajo y los servicios organizacionales” (Crowley, 2020, p. 5; Council of Europe, 2024, p. 11)).

Por su parte, en 2023, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, en el contexto de la lucha contra el racismo, sostuvo lo siguiente:

“El término “*racismo sistémico*” se utiliza para englobar tanto el racismo “estructural” como el “institucional”. Aunque la conciencia de las raíces estructurales e institucionales del racismo no es nueva, desde el asesinato de George Floyd en 2020, el término “racismo sistémico” se ha convertido en un marco central de análisis. El “racismo sistémico” opera a través de una red interrelacionada o estrechamente coordinada de leyes, políticas, prácticas, actitudes, estereotipos y prejuicios. Lo sostienen un amplio abanico de agentes, entre los que se encuentran las instituciones del Estado, el sector privado y las estructuras de la sociedad en sentido amplio. Esto resulta no solo en la discriminación expresa, directa, de iure o intencionada, sino también en la discriminación, la distinción, la exclusión, la restricción o la preferencia encubiertas, indirectas, de facto o no intencionadas por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico. A menudo tiene sus raíces en el legado histórico de la esclavitud, el comercio de africanos esclavizados y el colonialismo. Esto tiende a determinar las oportunidades y los resultados de generación en generación” (Consejo de Derechos Humanos, 2023, par. 7).

En forma de propuesta, una de las medidas positivas que el Estado puede adoptar para hacer frente a esta *discriminación estructural* es la creación de un órgano autónomo encargado de la prevención, protección, investigación, tutela y promoción de la lucha contra la discriminación. En el contexto de la discriminación étnica, ya en 1989 -hace casi 40 años, el Relator Especial, Asbjorn Eide, proponía seguir con atención la figura del Ombudsman sueco contra la discriminación étnica. En efecto, este Relator afirmó:

“Lo que es particular de Suecia, sin embargo, es que también ha establecido una oficina especial u ombudsman contra la discriminación étnica. Este ombudsman tiene facultad, mediante la cooperación de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, de combatir activamente la discriminación étnica a nivel individual y colectivo. Aunque sus funciones comprenden todos los aspectos de las relaciones sociales, es de máxima importancia la prevención de la discriminación en materia de empleo. El carácter de estas funciones es principalmente preventivo y constructivo, puesto que el ombudsman no ejerce funciones fiscales” (Consejo Económico y Social, 1989, par. 438).

Consecuentemente, entre las medidas de reparación más relevantes ordenadas por la Corte IDH se encuentra “continuar implementando planes de capacitación con el fin de erradicar el uso discriminatorio del Derecho Penal con base en el origen étnico de las personas, los que deberán ser permanentes y dirigirse a los funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público o Fiscalía” (Comunicado de Prensa 75/2024).

3. AUTODETERMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS

Dentro de las verificaciones más relevantes que encontró el Tribunal, en este proceso fue que “el proceso penal configuró la criminalización de los actos de protesta social pacífica emprendidos por las víctimas en su objetivo de demandar y exigir soluciones a los reclamos permanentes relacionados con la problemática [*de reivindicación de sus tierras ancestrales*] que ha afectado al Pueblo Mapuche. En consecuencia, la Corte declaró que Chile vulneró, entre otros, “en perjuicio de las 135 víctimas incluidas en el Anexo 1 de la Sentencia, los derechos a ser juzgado por un tribunal imparcial, a contar con decisiones judiciales debidamente motivadas, a la presunción de inocencia, a la publicidad del proceso, la libertad de pensamiento y de expresión, el derecho de reunión,

la libertad de asociación, el derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales” (Comunicado de Prensa, 75/2024).

El reconocimiento explícito del derecho a la autodeterminación de los pueblos, para el caso de los pueblos indígenas, implica un avance cualitativo en su lucha por la reivindicación de sus derechos a sus tierras, territorios y hábitat, en conjunto con su derecho a manifestarse y a protestar pacíficamente. Esta es una novedad en la jurisprudencia interamericana respecto de los pueblos indígenas mapuche. En efecto, la Corte IDH ha reconocido que “el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales es un derecho protegido por la Convención Americana y que tiene su fundamento en el derecho a la identidad cultural, como componente del derecho a participar en la vida cultural, reconocido a partir del contenido del artículo 26 de la Convención. El Tribunal también ha afirmado que dicho derecho a la libre determinación tiene una doble proyección: interna y externa” (Corte IDH, 2024, par. 252).

En este contexto, los jueces interamericanos se han pronunciado acerca de “la dimensión externa del derecho a la libre determinación (que alcanza, *inter alia*, el derecho de los pueblos a elegir sus propias autoridades o representantes, así como a participar en los procesos de adopción de decisiones que puedan afectarles, aspectos que también encuentran protección al amparo del artículo 23 de la Convención), entendiendo que implica, según lo ha afirmado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que los pueblos indígenas y tribales “tienen derecho a determinar libremente su condición política y el lugar que deben ocupar en la comunidad internacional sobre la base del principio de igualdad de derechos y tomando como ejemplo la liberación de los pueblos del colonialismo y la prohibición de someter a los pueblos a toda sujeción, dominio y explotación del extranjero” (Corte IDH, 2024, par; 254)⁶.

La parte más importante de lo afirmado por la Corte IDH contra Chile, en nuestra opinión, se resume en el siguiente párrafo: “para la Corte, la libre determinación en su dimensión externa se proyecta cuando los pueblos

⁶ Vease: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1996, par. 4) y Corte IDH (2021, par. 124 y 127).

indígenas, por medio de sus autoridades o sus formas de organización, tanto las tradicionales como las de “reciente creación”, externan y ponen de manifiesto su parecer y su posición ante cuestiones que, siendo ajenas a su comunidad, impactan al interior de esta por factores históricos, políticos, económicos, sociales o culturales. En otras palabras, el derecho a la libre determinación garantiza que los pueblos indígenas y tribales externen libremente su parecer y posición como presupuesto de su participación en los procesos de toma de decisiones sobre asuntos que les afecten” (Corte IDH, 2024, par. 255).

Desde el punto de vista de la concretización del derecho a la autodeterminación de los pueblos, en el caso preciso denominado Huilcamán Paillama y otros vs. Chile, 2024, la Corte IDH sostuvo que “no es un hecho controvertido que muchas de las acciones emprendidas por el Consejo de Todas las Tierras tenían como fin, precisamente, expresar el descontento de los miembros de la organización ante lo que sus dirigentes e integrantes consideraban como “la historia de negación” del Pueblo Mapuche, lo cual implicó un posicionamiento externo garantizado por su derecho a la libre determinación. Cabe indicar, incluso, que la conformación misma de la organización se dirigía a la consecución de dicho propósito. Lo anterior pone en evidencia la interacción del derecho de reunión y de la libertad de pensamiento y de expresión y la libertad de asociación, así como del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, derechos que resultaron lesionados en el caso concreto” (Corte IDH, 2024, par. 256).

4. CONCLUSIÓN

Creemos que la real envergadura de este fallo y su incidencia en el derecho chileno aún no ha sido aquilatada y debería ser correctamente medurado. En esta sentencia, la Corte IDH declara la responsabilidad internacional del Estado de Chile, *inter alia*, por el uso abusivo y estereotipado del derecho penal, por parte de las personas involucradas en la administración de justicia, con fines discriminatorios, en razón del origen étnico.

No solo se declara el uso estereotipado del derecho penal, en el recurso a figuras como la asociación ilícita y sobre todo la usurpación -por su directa

vinculación con la reivindicación legítima de sus tierras y territorios- en contra del pueblo indígena mapuche sino que también se reconoce la criminalización del ejercicio legítimo de derechos humanos reconocidos a los pueblos indígenas. En efecto, en su voto concurrente los jueces Mudrovitsch y Ferrer indican que el tipo penal de usurpación, extremadamente amplio y vago, “es sintomática de un fenómeno regional mucho más amplio de persecución arbitraria de defensores de derechos humanos y pueblos indígenas en sus actividades de resistencia pacífica” (Corte IDH, 2024, par. 117). Por ello, la Corte afirma sin ambages que “los prejuicios y estereotipos en que basaron su actuación ambas autoridades (el Intendente regional y el ministro instructor) conllevaron [...] la sindicación de conductas que no ameritaban la aplicación del Derecho Penal por parte el Estado” (Corte IDH, 2024, par. 241).

Por todo esto, la Corte IDH ha sido muy certera al afirmar que las autoridades de la época “la respuesta que dieron fue la criminalización de la protesta social, entendida esta, en las circunstancias del caso concreto, como la aplicación inadecuada y excesiva, e incluso parcializada y discriminatoria, del Derecho Penal a las acciones de reclamo y expresión de las demandas y reivindicaciones emprendidas, de modo que se limitó y sancionó penalmente el ejercicio legítimo de derechos protegidos y garantizados por la Convención Americana. Todo ello, a juicio de la Corte, habría tenido un efecto intimidatorio en las víctimas, con el resultado de limitarlas en el ejercicio de sus derechos” (Corte IDH, 2024, par. 260-261). “Por consiguiente, la actuación estatal implicó una restricción no autorizada por la Convención a los derechos de reunión, a la libertad de pensamiento y de expresión, y a la libertad de asociación, así como la inobservancia del derecho a la libre determinación del Pueblo indígena Mapuche” 260-261). No existe controversia en cuanto a que esta restricción no era necesaria en el contexto de una sociedad democrática (Corte IDH, 2024, par. 261).

El reconocimiento explícito del derecho a la libre determinación de los pueblos en el caso Huilcamán Paillama, en vinculación con el derecho a la identidad cultural, el derecho de reunión, la libertad de pensamiento y expresión, y la libertad de asociación, entre otros, proporciona el sustento normativo de derechos humanos que obliga a las autoridades del Estado y particulares, especialmente, a los jueces y juezas, en realización del control de

convencionalidad, a respetar, proteger y garantizar el legítimo ejercicio de las acciones de reclamo y reivindicación de sus tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído u ocupado de alguna manera. Esto incluye, naturalmente, la protección efectiva de los derechos humanos de los defensores ambientales indígenas en sus actividades de resistencia pacífica y protección de la naturaleza y la biodiversidad, con enfoque de derechos y perspectiva de género.

REFERÊNCIAS

AKANDJI-KOMBE, Jean-François. **Positive obligations under the European Convention on Human Rights**: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Human Rights Handbooks, n. 7. Strasbourg: Council of Europe, 2007.

BERMÚDEZ, Jorge. El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. **Revista de Derecho, Valdivia**, v. 18, n. 2, p. 83-105, dic. 2005.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. **Observación General 18. No discriminación**. 37º período de sesiones. Doc. N.U. CCPR/C/37, párr. 7, 10 nov. 1989.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. **Recomendación General n. 21 relativa al derecho a la libre determinación**. U.N. Doc. A/51/18, 48º período de sesiones, párr. 4, 1996.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. **Recomendación General n. 31 sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal**. U.N. Doc. A/60/18, 65º período de sesiones, 2005.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. **Informe del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos**. Doc. N.U. A/HRC/54/70, 8 ago. 2023, párr. 7.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. **Promover la justicia y la igualdad raciales erradicando el racismo sistémico**. Nueva Iorque: ONU, 2023.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. **Estudio sobre los logros alcanzados y los obstáculos surgidos durante los Decenios de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial**. Informe del Sr. Asbjorn Eide, Relator Especial. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1989/8, 22 jun. 1989.

COUNCIL OF EUROPE. **Training manual on equality data collection and analysis to prevent and address systemic discrimination**. Committee of Experts on Intercultural Integration of Migrants (ADI-INT). Strasbourg: Council of Europe, 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Atala Rizzo y niñas vs. Chile** (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentença de 24 fev. 2012. Série C, n. 239, párr. 111.

CORTE IDH. **Cabrera García y Montiel Flores vs. México** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentença de 26 nov. 2010. Série C, n. 220, párr. 182.

CORTE IDH. **Comunicado de Prensa 75/2024 Español**: Chile es responsable internacionalmente por la violación de distintos derechos en el marco del proceso penal seguido contra miembros del Pueblo Mapuche que efectuaron actos de protesta pacífica. San José, Costa Rica, 21 nov. 2024. 3 p.

CORTE IDH. **González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentença de 16 nov. 2009. Série C, n. 205, párr. 401.

CORTE IDH. **Huilcamán Paillama y otros vs. Chile** (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentença de 18 jun. 2024. Série C, n. 527, párr. 132.

CORTE IDH. **J. vs. Perú** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentença de 27 nov. 2013. Série C, n. 275, párr. 233.

CORTE IDH. **Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile** (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentença de 29 maio 2014. Série C, n. 279, párr. 228.

CORTE IDH. **Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros vs. Nicaragua** (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 ago. 2021. Serie C No. 431.

CROWLEY, Niall. **Identifying and Preventing Systemic Discrimination at the Local Level**. Policy Study. Strasbourg: Council of Europe, 2020.

GODDEN-RASUL, Nikki; MURRAY, C. R. G. Accounts of vulnerability within positive human rights obligations. **International Journal of Law in Context**, n. 19, p. 597–618, 2023.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium**. Judgment of 23 July 1968. Series A 1968, párr. 10.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case of Willis vs. The United Kingdom**. Judgment of 11 June 2002, párr. 39.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case of Wessels-Bergervoet vs. The Netherlands**. Judgment of 4 June 2002, párr. 42.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case of Petrovic vs. Austria**. Judgment of 27 March 1998. Reports 1998-II, párr. 30.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium**. Judgment of 23 July 1968. Series A 1968. Collective Dissenting Opinion of Judges Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda and Mast.

ZILLER, Jacques. **Les principes d'égalité et de non-discrimination: une perspective de droit comparé**. Strasbourg: Conseil de l'Europe; European Parliament Research Service, Comparative Law Library Unit, PE 659.276, out. 2020.