

Serie reflexiones:
Infancia y adolescencia



**ESTRATEGIAS DE DEFENSA
Y PROTECCIÓN JURÍDICA
DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES MAPUCHE**

Abril de 2013



Serie reflexiones
INFANCIA Y ADOLESCENCIA N° 16

C H I L E

**ESTRATEGIAS DE DEFENSA
Y PROTECCIÓN JURÍDICA
DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES MAPUCHE**

Abril de 2013

Edición académica:

Nicolás Espejo Yaksic
Fabiola Lathrop Gómez
Anuar Quesille Vera

“Las opiniones que se presentan en este documento, así como los análisis e interpretaciones, son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de UNICEF”.



ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	7
PRIMER DEBATE:	
La defensa penal de adolescentes mapuche	9
PREGUNTAS DE CONTEXTO	9
1. Elementos que obstaculizan el acceso a una justicia efectiva, justa e imparcial.....	9
2. El derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído	11
3. Mecanismos y competencias del sistema de justicia frente a la especialización efectiva	12
4. Estrategia de defensa penal de adolescentes mapuche.....	13
ESPACIO DE DISCUSIÓN	14
RÉPLICA DE LA EXPOSITORA	19
CONCLUSIONES PRIMER DEBATE	20
SEGUNDO DEBATE:	
Protección de derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes mapuche	23
PREGUNTAS DE CONTEXTO	23
1. Mecanismos constitucionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche.....	24
2. Estándares internacionales y acciones constitucionales.....	26
3. Acciones constitucionales, debido proceso, y derecho de niños, niñas y adolescentes mapuche a ser oídos	26
4. Enfoque de derechos y diligencias policiales.....	27
ESPACIO DE DISCUSIÓN	28
CONCLUSIONES SEGUNDO DEBATE	32
TERCER DEBATE:	
Experiencias ante instancias internacionales	35
PREGUNTAS DE CONTEXTO	35
1. Mecanismos de defensa internacional de derechos de la infancia y de la adolescencia mapuche	35
2. Estrategias para la presentación de casos individuales ante instancias internacionales.....	37
ESPACIO DE DISCUSIÓN	39
CONCLUSIONES TERCER DEBATE	44
CONCLUSIONES GENERALES	47
ANEXO 1. PARTICIPANTES	53
ANEXO 2. SENTENCIAS RELEVANTES	54
ANEXO 3. OBSERVACIÓN GENERAL N° 11 (2009) DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	67

PRESENTACIÓN

Como es bien sabido, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas establece una serie de obligaciones para los Estados Parte, orientadas a la protección de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. A dichas obligaciones generales, se suma una serie de derechos y garantías específicos para aquellos niños, niñas y adolescentes indígenas y que, por su particular posición, requieren de protección especial (Artículos. 2º, 17º, 29º y 30º, entre otros).

La preocupación particular por el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas surge del hecho que dicho grupo continúa siendo objeto de graves discriminaciones en una serie de ámbitos, tales como el acceso a la atención de salud y a la educación, la superación de la pobreza y la debida protección de los sistemas de justicia a sus derechos. En el caso de Chile, el propio Comité de los Derechos del Niño ha observado con preocupación las dificultades que los niños, niñas y adolescentes indígenas sufren, incluidas la falta de reconocimiento constitucional de sus derechos etno-culturales, el alto grado de correlación entre la pobreza y el origen indígena, la discriminación de hecho que siguen sufriendo los niños indígenas, en particular en la educación y la salud, el abandono escolar y la existencia de denuncias de maltrato en su contra, a manos de la policía. Dichas observaciones, a su vez, han sido incorporadas al trabajo de cooperación técnica de UNICEF con el Estado de Chile por medio de una serie de iniciativas orientadas a mejorar las capacidades de los sistemas de salud, educación y justicia, para el debido cumplimiento de la Convención.

En el ámbito particular de los niños, niñas y adolescentes mapuche, distintas organizaciones han observado algunos desafíos específicos que el Estado de Chile enfrenta para otorgar una completa y eficaz protección jurisdiccional a sus derechos. Tales desafíos resultan particularmente relevantes para aquellos niños, niñas y adolescentes mapuche imputados por infracciones a la ley penal y a las normas de seguridad interior del Estado, así como para los que pueden verse afectados en sus derechos con ocasión de procedimientos policiales llevados a cabo al interior de sus comunidades o en el ejercicio de sus derechos políticos.

Consciente de estos desafíos, UNICEF ha promovido y apoyado permanentemente la especialización y respuesta diferenciada y oportuna de los operadores del sistema de justicia (jueces, fiscales y defensores penales) para promover, respetar y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas. En este mismo espíritu, UNICEF ha estimado de la máxima relevancia apoyar y promover espacios de discusión con aquellas organizaciones de la sociedad civil (ONG's, asociaciones de defensa y mundo académico), así como con las unidades especializadas de la Defensoría Penal Pública, que ejercen un trabajo particular de defensa jurisdiccional en la materia.

En línea con este trabajo de cooperación técnica con el Estado de Chile, es que durante el año 2012 e inicios del 2013, UNICEF organizó un ciclo de debates con una serie de organizaciones ligadas a la protección jurisdiccional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes mapuche y con miras a contar con una sistematización de algunos de los principales desafíos en la materia, así como de una serie de recomendaciones asociadas a las mismas. El presente texto es el fruto de dichas reflexiones, las cuales esperamos sean una contribución a la consolidación de

prácticas, reformas e iniciativas orientadas a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes mapuche.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para agradecer muy especialmente el compromiso de todas aquellas organizaciones e instituciones académicas que participaron entusiasta y desinteresadamente en la elaboración de este trabajo -especialmente el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Temuco-, además de reafirmar el compromiso de UNICEF por la promoción y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile.

Tom Olsen
Representante de UNICEF para Chile

INTRODUCCIÓN

UNICEF y diversas instituciones, organizaciones y abogados(as) ligados(as) a la defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, han estimado oportuno generar un espacio de discusión respecto de los avances, dificultades y desafíos en materia de protección jurisdiccional de la infancia y de la adolescencia mapuche.

Con tal objeto, y considerando la amplia experiencia acumulada durante los últimos años por parte de dichas organizaciones, instituciones y abogados(as), a nivel interno e internacional, durante el año 2012 UNICEF impulsó la realización de un ciclo de tres debates que contribuyera a sistematizar tales líneas de trabajo y a formular recomendaciones precisas a los actores del sistema de justicia, a las policías, a las autoridades de seguridad y al Parlamento.

Los principales objetivos de este ciclo de debates fueron:

1. Servir de instancia de diálogo acerca de la protección jurisdiccional de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche.
2. Contribuir a sistematizar la experiencia de las instituciones, organizaciones y abogados(as) ligados(as) a la protección jurisdiccional de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche.
3. Dar cuenta de los logros conseguidos por tales actores en la defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche.
4. Conocer los principales obstáculos que deben sortear los actores de la sociedad civil al litigar casos relativos a la infancia y a la adolescencia mapuche.
5. Conocer los desafíos prioritarios de la intervención judicial en materias de infancia y adolescencia mapuche.
6. Formular recomendaciones específicas al Estado y a sus órganos para lograr una efectiva protección de los niños, niñas y adolescentes mapuche.

En atención a lo anterior, este ciclo estuvo conformado por tres debates referidos específicamente a:

1. Defensa penal de adolescentes mapuche
2. Protección de derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes mapuche
3. Experiencias de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche ante instancias internacionales

El presente documento es el fruto de la sistematización de los citados debates, trabajo que constó de tres etapas que, a continuación, se describen brevemente.

La primera consistió en distinguir las cuestiones más pertinentes a cada uno de los temas señalados, las que, en forma de preguntas de contexto¹, fueron enviadas previamente a expositores, comentaristas e invitados en general, con el objeto de centrar en ellas la discusión.

¹ Las preguntas de contexto se encuentran explicitadas en este documento al comienzo del desarrollo de cada uno de los tres debates.

La segunda etapa fue la realización propiamente dicha del ciclo de tres debates denominado “Estrategias de defensa y protección jurídica de niños, niñas y adolescentes mapuche”, que se llevó a cabo en Temuco, durante los meses de octubre y noviembre de 2012 y el mes de enero de 2013. Cada una de estas actividades se desarrolló en torno a una mesa de expositores provenientes de la academia y de instituciones y organizaciones ligadas a la protección jurisdiccional de derechos de la infancia y de la adolescencia mapuche², y fue moderada por un profesional de la Oficina de UNICEF en Chile. Por su parte, cada uno de los expositores realizó su presentación en base a las preguntas de contexto enviadas previamente, y participó en un espacio de discusión destinado a recoger los aportes, interrogantes y opiniones de los participantes invitados a cada debate³.

La tercera y última etapa consistió en la edición y publicación de este documento, que reúne las opiniones y conclusiones consolidadas, resumidas y sistematizadas –procurando conservar su integridad conceptual– de cada uno de los expositores y participantes en general. Al respecto, cabe señalar que en cada uno de los debates, todas las personas invitadas fueron informadas de que sus intervenciones serían grabadas, transcritas, editadas, revisadas por quienes las emitieron y, finalmente, publicadas en un documento cuyo objeto sería entregar recomendaciones específicas sobre las tres temáticas tratadas a los órganos del Estado en general.

2 Al comienzo del desarrollo de cada debate se encuentran mencionados su expositor, moderador y comentador, en su caso.

3 El listado de participantes se encuentra en el anexo 1 de este documento.

PRIMER DEBATE

La defensa penal de adolescentes mapuche

EXPOSITORA

María del Rosario Salamanca, abogada, Defensora Penal Mapuche

MODERADOR

Anuar Quesille, UNICEF-Chile

PREGUNTAS DE CONTEXTO

1. Considerando su experiencia en la defensa de derechos de adolescentes mapuche, ¿cuáles son, a su juicio, los principales *obstáculos* que enfrentan estos adolescentes para acceder a una *justicia efectiva, justa e imparcial*? Por favor, identifique concretamente aquellos obstáculos institucionales, culturales o de otra especie que advierta.
2. Considerando su experiencia en la defensa de derechos de adolescentes mapuche, ¿cómo evalúa usted el ejercicio del *derecho a ser oído*, tanto frente al juez como ante otra autoridad competente para la determinación de sus derechos? Si su evaluación es negativa, ¿cómo podría ser suplido dicho déficit?
3. Considerando su experiencia en la defensa de derechos de adolescentes mapuche, ¿cuáles deben ser los principales mecanismos y competencias a desarrollar por los actores del sistema de justicia (policías, jueces, fiscales, defensores, abogados(as), equipos SENAME, etc.) a fin de lograr una efectiva especialización en materia penal adolescente e interculturalidad?
4. Considerando su experiencia en la defensa de derechos de adolescentes mapuche, y en especial cuando han sido imputados invocando la Ley Antiterrorista, ¿qué estrategia procesal debiera observarse en estos juicios, teniendo en cuenta que en el año 2011 se excluyó a los adolescentes de la aplicación de dicha ley?

1. Elementos que obstaculizan el acceso a una justicia efectiva, justa e imparcial

En cuanto a los elementos que dificultan el acceso de los adolescentes mapuche a una justicia efectiva, justa e imparcial, la expositora **MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA** señaló que esta era una cuestión que había sido objeto de análisis en la Defensoría Penal Mapuche, habiéndose constatado que indudablemente tales obstáculos existen.

En efecto, afirmó que lo primero que puede advertirse es que, si bien todos los adolescentes parecen tener dificultades para acceder a la justicia en Chile, los adolescentes mapuche, en particular, sea como víctimas o como imputados, presentan circunstancias de vida especiales que condicionan y dificultan, incluso más, el acceso a la justicia. En este sentido, la expositora puntualizó que los adolescentes que utilizan

el *mapuzugun* como primera lengua pueden presentar dificultades conceptuales. Ello –explicó–, porque tras el desarrollo de una lengua propia, los mapuche –y las personas de cualquier otra etnia indígena– también adquieren una cosmovisión propia.

Por otra parte, agregó que se puede visualizar como una dificultad de carácter general en la institucionalidad, la falta de especialización en el abordaje de conflictos que involucran a adolescentes mapuche. Así, señaló que intervinientes tales como los tribunales, las respectivas cortes, el Ministerio Público, las policías, el Servicio Nacional de Menores (SENAME), los diferentes programas de cumplimiento de medidas cautelares y de sanciones aplicadas en virtud de la Ley 20.084⁴⁻⁵, y la propia Defensoría Penal Pública (DPP), no cuentan con las competencias necesarias en cuestiones como cosmovisión, cultura, tradiciones, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Sin embargo, la expositora destacó que la DPP ha efectuado, y efectúa actualmente, un esfuerzo constante y consistente por avanzar en esta especialización. Así, por ejemplo, relevó iniciativas tales como la interiorización en la historia de nuestros pueblos indígenas y de su derecho; el estudio de las leyes dictadas para los indígenas por el Estado de Chile; el análisis de la evolución y actual situación de los derechos humanos de las personas indígenas, de su cultura, de su lengua y de su cosmovisión. En efecto, explicó que no cabe duda que los diversos intervinientes del sistema de justicia manejan leyes de aplicación general en sus órbitas de competencia, pero que, aun así, debe realizarse un esfuerzo como el descrito para que todos estos elementos mencionados sean considerados al momento de aplicar dichas leyes a los pueblos indígenas y, especialmente, a sus adolescentes.

La expositora subrayó la existencia de una Defensoría especializada en la Región de La Araucanía, esto es, la Defensoría Penal Mapuche, como asimismo, la iniciativa de contar, a partir de esta experiencia, con una Defensoría Penal Indígena a lo largo del país, representativa de otras etnias.

En este orden de ideas, se refirió también a la existencia del facilitador intercultural, como un elemento de gran importancia en el contexto de la litigación que la DPP lleva a cabo, y a la necesidad de hacer extensiva esta figura a otras instituciones relacionadas con la realidad mapuche. A mayor abundamiento, afirmó que el facilitador intercultural interviene en todas las causas en que los defensores de la Defensoría Penal Mapuche participan, las cuales, en su mayoría, terminan en primera audiencia. Se refirió a la pertinencia de su actuación, señalando que dado que el facilitador intercultural es una persona perteneciente a la etnia mapuche, que ha vivido en comunidades y que se expresa en *mapuzugun*, cuenta con una cosmovisión apropiada para comprender el problema que se presenta en el respectivo juicio.

4 Esta ley establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal y fue publicada el año 2005.

5 Al respecto, la expositora aseveró que en la IX Región hay solo un Centro de Internación Provisoria -en Cholchol-, al que deben asistir adolescentes que provienen de comunidades mapuche bastante alejadas, como Lonquimay. Consiguientemente, señaló que existen dificultades gravísimas para visitar a estos adolescentes, entre otras razones, porque para las familias mapuche, apartar a un niño o a un adolescente de su entorno para trasladarlo a un lugar en donde no existe pertinencia cultural para tratarlo, es sumamente delicado.

Ahora bien, en cuanto a las falencias detectadas en los procedimientos en que participa la DPP, la expositora se refirió a los siguientes aspectos:

- Inexistencia de protocolos de procedimientos policiales claros y definidos al efectuar allanamientos en lugares en que se encuentran presentes adolescentes mapuche y, en general, respecto de comunidades indígenas⁶.
- Falta de notificación inmediata de la detención de niños, niñas y adolescentes mapuche, a sus familiares.
- Ausencia de notificación inmediata de la detención de niños, niñas y adolescentes mapuche, a la DPP. En efecto, en este aspecto, explicó que para lograr una protección efectiva de estos detenidos debiera existir la obligación de notificar al defensor penal público cada vez que se produzca una detención. De lo contrario –añadió–, tal como sucede actualmente, se llevan a cabo diligencias –que luego dan lugar a prueba ilícita– referidas a niños, niñas y adolescentes sin la presencia de sus defensores, vulnerándose su derecho a guardar silencio y a no ser interrogados ni instados a declarar sin la presencia de tal defensor.
- Carencia de un registro audiovisual de procedimientos llevados a cabo respecto de adolescentes mapuche, esto es, de su detención, y de la entrada y registro del lugar en que se encontraban.
- Inexistencia de estándares de defensa específicos en relación a la declaración de adolescentes mapuche.

2. El derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído

La expositora **MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA** sostuvo que, en general, no existe en Chile un procedimiento para dar eficacia al derecho del niño, niña y adolescente a ser oído.

Sin embargo, la expositora aludió a un caso excepcional en que la Corte de Apelaciones de Temuco, a instancias de la Defensoría Penal Mapuche, escuchó a un niño que había resultado herido producto de un allanamiento⁷. En efecto, este caso, según la expositora, resultó ser doblemente excepcional. En primer lugar –señaló–, porque fue la primera vez que el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído

6 Cabe señalar que para ilustrar este tipo de situaciones, durante este debate se exhibió un video en el que se observa un desalojo con las características descritas.

7 En este punto, la expositora reprodujo lo que el facilitador intercultural le relató sobre el hecho que dio lugar a la escucha de este niño. Señaló que ello sucedió el 7 de junio del año 2012, al interior de la comunidad Wente Winkul Mapu, en la comuna de Ercilla. En horas de la madrugada, un contingente de más de cien efectivos de las fuerzas especiales, GOPE, mientras realizaba la ocupación y el ingreso del *lof mapu*, hirió a siete comuneros: Venancio Antonio Montoya, de 78 años, *kimche* de la comunidad; Segundo Montoya Melinao, de 30 años; G_Y_A, de 17 años; A_Y_B, de 15 años; A_Y_C, de 10 años; Erick Montoya, de 20 años; y Teresa Montoya, de 19 años. A A_Y_B lo alcanzó un disparo de carabineros efectuado por la espalda. Lo mismo ocurrió con G_Y_A, de 17 años, a quien, además, se le propinaron tres perdigones en la pierna izquierda y tres en las costillas. A su vez, A_Y_C fue lanzado al suelo por un carabiniere, quien lo amenazó y le pisoteó su mano derecha sin motivo. Erick Montoya fue perseguido por carabineros, quienes lo hirieron de frente y por la espalda. La expositora señaló que si bien fue solicitada la escucha de todos los menores de 18 años mencionados, solo uno de ellos declaró, pues los demás rehusaron hacerlo por temor a represalias. En cuanto a la realización de la diligencia por el ministro a cargo, la expositora efectuó una evaluación positiva considerando la falta de protocolos de actuación establecidos; en efecto, afirmó que dicho ministro se habría mostrado acogedor y respetuoso con el niño entrevistado. Cabe señalar que el audio de esta audiencia de escucha al niño fue reproducido durante el debate.

se vio materializado en instancias superiores; y, en segundo lugar, porque se trató –sostuvo– de un niño mapuche.

A su vez, la expositora señaló que, a falta de experiencias previas en este tipo de diligencias, la DPP invocó el artículo 12 de la CDN⁸, a raíz de lo cual la escucha se llevó a cabo ante el propio ministro de la Corte. Es más, de acuerdo a lo indicado por **MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA**, esta situación se habría replicado posteriormente con ocasión de un recurso de amparo⁹.

En suma, la expositora hizo hincapié en que el hecho de que estas diligencias se hayan materializado a instancias de la DPP, evidencia la importancia que esta última otorga a la invocación de la normativa internacional. En este sentido, la expositora señaló que las actuaciones de la DPP no solo se fundan en el Convenio 169, sino también en la CDN y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Sin embargo, concluyó la expositora, aun con la puesta en práctica de las experiencias relatadas, el desarrollo del ejercicio del derecho a ser oído es mínimo en el caso de los niños, niñas y adolescentes mapuche, toda vez que las situaciones en que se ha podido materializar han sido aisladas y, por regla general, a instancias de la DPM. A su juicio, no existe una internalización en los actores del sistema de justicia acerca de la importancia de este derecho, el cual debiera respetarse siempre y en todo caso.

3. Mecanismos y competencias del sistema de justicia frente a la especialización efectiva

La expositora **MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA** señaló que son muchos y variados los mecanismos a través de los cuales puede lograrse una especialización efectiva. Especificó que, desde luego, las universidades deberían considerar en su malla curricular una asignatura obligatoria sobre derecho indígena. Entre las materias relevantes a desarrollar en ésta, la expositora enunció los siguientes contenidos mínimos: historia de los pueblos indígenas en Chile, historia del derecho indígena, leyes dictadas para los indígenas por el Estado de Chile, evolución y actual situación de los derechos humanos en materia indígena, cultura, lengua y cosmovisión.

8 Esta norma establece lo siguiente:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

9 Los dos casos mencionados fueron sustanciados en las causas falladas por sentencias de Rol 449-2012 y Rol 604-2012, respectivamente, las cuales se encuentran reproducidas en el anexo 2 este documento.

4. Estrategia de defensa penal de adolescentes mapuche

La expositora **MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA** señaló que la aplicación de la Ley Antiterrorista¹⁰ a adolescentes es contradictoria con la CDN y con la Ley 20.084¹¹. Explicó que, conforme a la historia de esta última ley y de sus modificaciones, su aplicación importaría un aumento desproporcionado de las penas, vulnerándose así: el carácter excepcional de la privación de libertad en caso de adolescentes, el derecho a un trato digno de acuerdo con la edad, la promoción de la integración social, el resguardo del bienestar del niño, y la proporcionalidad de la reacción penal tanto respecto del hecho como de las circunstancias particulares del adolescente.

Por su parte, en cuanto a las estrategias de defensa, afirmó que deben efectuarse las siguientes distinciones:

- En el caso de adolescentes en investigación aún no judicializada, indicó que no se les puede formalizar o requerir por delitos terroristas.
- Explicó que si se tratara de adolescentes con investigaciones en curso, sea en procedimiento ordinario o simplificado, el Ministerio Público debería modificar su pretensión, lo cual podría ser solicitado por la defensa al tribunal, a través de la cautela de garantías. En el evento de que tal situación no prosperara, la expositora señaló que cabría solicitar la aplicación del artículo 18 del Código Penal¹² en el propio juicio.
- Agregó que frente a adolescentes con acusación ya presentada, conforme al artículo 274 del Código Procesal Penal¹³, habría que solicitar al Tribunal de Garantía, la separación de acusaciones, dado que, por los mismos hechos, se encontrarían acusados adultos y adolescentes, sin que sea posible celebrar un juicio coherente con la normativa vigente. Puntualizó que, en estos casos, habría que mantener la acusación de delitos no terroristas, dando cabal cumplimiento a la última reforma legal, a la vez de dar plena vigencia a la Ley 20.084¹⁴. Por último, señaló que en estos casos, además, habría que solicitar al juez de garantía la exclusión de toda la prueba obtenida por el

10 La expositora se refiere a la Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, publicada en 1984.

11 Ver nota núm. 4.

12 Este artículo establece que: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.

13 Esta disposición señala lo siguiente: “Unión y separación de acusaciones. Cuando el Ministerio Público formule diversas acusaciones que el juez considerare conveniente someter a un mismo juicio oral, y siempre que ello no perjudicare el derecho a defensa, podrá unirlos y decretar la apertura de un solo juicio oral, si ellas estuvieren vinculadas por referirse a un mismo hecho, a un mismo imputado o porque debieren ser examinadas unas mismas pruebas.

El juez de garantía podrá dictar autos de apertura del juicio oral separados, para distintos hechos o diferentes imputados que estuvieren comprendidos en una misma acusación, cuando, de ser conocida en un solo juicio oral, pudiere provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio o detrimento al derecho de defensa, y siempre que ello no implicare el riesgo de provocar decisiones contradictorias”.

14 Ver nota núm. 4.

Ministerio Público en base a la Ley 18.314¹⁵, dado que, por su aplicación, en la realización de diligencias se habrían visto vulneradas garantías tales como el derecho a la asesoría de un defensor debido a la ampliación de la detención¹⁶ y la afectación del debido proceso producto de la existencia de testigos sin identidad.

ESPACIO DE DISCUSIÓN

Durante el espacio de discusión de este debate, los participantes discurrieron acerca de la falta de especialización de los diversos actores del sistema de justicia penal adolescente, en relación al derecho del adolescente mapuche a ser oído, a la aplicación en su contra de la Ley Antiterrorista y a la situación de los adolescentes mapuche privados de libertad.

En cuanto al primero de estos aspectos, la participante **BÁRBARA KATZ**, de la DPP, se refirió a la ausencia de estándares específicos de defensa penal de adolescentes mapuche. En efecto, señaló que con ocasión de la especialización que la DPP ha implementado en ciertas áreas, se han construido, por ejemplo, parámetros de defensa en materia de responsabilidad penal juvenil. Agregó que estos estándares se encuentran definidos institucionalmente en una resolución especial dictada al afecto, en virtud de la cual se regula, supervisa y evalúa que la actividad de los defensores sea correcta y de calidad. Sin embargo -explicó la defensora-, en el caso de los imputados indígenas y, por lo tanto, de adolescentes indígenas, tales estándares no existen. A mayor abundamiento, la participante señaló que la institución cuenta con defensores especializados en materia indígena y otros defensores especializados en materia de responsabilidad penal juvenil, por lo que, en el caso de un adolescente indígena imputado, se privilegia institucionalmente la asesoría de un defensor penal juvenil, sin que éste necesariamente tenga especialización en normativa indígena, lo cual puede ir en desmedro de la calidad de la defensa. En suma, la participante concluyó que la defensa conjugada de los derechos reconocidos en la normativa internacional indígena y en la Convención sobre los Derechos del Niño es aún insuficiente, existiendo falta de capacitación y especialización también de otros intervinientes en el sistema penal.

15 Ver nota núm. 10.

16 En relación a este punto, más adelante, la expositora relató, a instancias de la participante BÁRBARA KATZ, de la DPP, que en una oportunidad se presentó un recurso de amparo en contra de una jueza de garantía que autorizó la ampliación de la detención por tratarse de conductas terroristas, haciendo presente que para la DPP primaba la Ley 20.084, de reciente dictación, la cual no autorizaba la existencia de un plazo de tal forma extendido. Señaló que la Corte acogió ese recurso y que, en definitiva, esa causa derivó en una suspensión condicional de procedimiento, hecho extraño en casos de delitos terroristas. Destacó la expositora que en este caso se realizó un informe psicológico y social del adolescente, se le otorgó tratamiento psicológico, gestiones de defensa, y se llevó a cabo una negociación con el fiscal que, finalmente, concluyó con la suspensión referida.

En este orden de ideas, **MAGDALENA GARCÉS**, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, se refirió a la posibilidad de contar con una Defensoría Penal Indígena a lo largo del país, tal cual lo enunció la expositora. Hizo hincapié en que es notoria la diferencia entre regiones que cuentan con defensores penales especializados y las que no los tienen. También en relación con la doble especialización a la que aludía la expositora, felicitó la iniciativa de la Defensoría Penal Mapuche y de la Defensoría Penal Pública, señalando que si bien son ámbitos interconectados de los derechos humanos, el uno no necesariamente supone el conocimiento del otro.

Por su parte, el participante **HERNANDO SILVA**, del Observatorio Ciudadano, aludió a la existencia de una “sordera intercultural” de parte de la institucionalidad. En este sentido, afirmó que los esfuerzos de la DPP por lograr un diálogo intercultural a través de los facilitadores interculturales son escasos en el contexto institucional. En especial, relevó la existencia de un obstáculo importante en la falta de comprensión intercultural en la judicatura.

También en cuanto a la falta de especialización, **FELIPE VIVEROS**, de (ANIDE), planteó la interrogante de si en los propios procesos judiciales, sea en las persecuciones o en las investigaciones y demás actuaciones de los juicios, es posible detectar puntualmente vulneraciones de derechos concretos reconocidos en instrumentos internacionales pertinentes, tales como el derecho a una adecuada defensa, la posibilidad de conainterrogar testigos, o de impugnar pruebas. En este sentido, **BÁRBARA KATZ**, de la DPP, respondió que, efectivamente, se producen de forma frecuente infracciones de derechos fundamentales, sea por parte de la policía como de los tribunales, entre otras razones, porque no cuentan con capacitación en derechos humanos.

Por último, en cuanto a la necesidad de especialización, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, aludió a la existencia de normativa internacional pertinente al efecto. Así, se refirió al artículo 30 de la CDN¹⁷, el cual establece que no se debe negar a un niño que pertenezca a minorías indígenas 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 su propia religión, o a emplear su propio idioma. En este sentido,

17 Este artículo de la CDN establece que: “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”.

señaló que la interpretación adecuada de los artículos 37 y 40 de la CDN¹⁸ –que son las disposiciones relativas a los derechos de adolescentes en conflicto con la ley penal– es aquella que los conecta con el mencionado artículo 30 de la CDN y con el Preámbulo de este Tratado. En efecto, este último, refiriéndose al deber de respetar la diversidad cultural, establece: *“Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño (...)”*.

En cuanto a la especialización jurisdiccional relacionada con niños, niñas y adolescentes mapuche, **ELSY CURIHUINCA**, del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, señaló que si bien contar con una jurisdicción especial indígena en Chile

18 Estas disposiciones prescriben lo siguiente:

Artículo 37: *“Los Estados Partes velarán por que:*

a) *Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*

b) *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*

c) *Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;*

d) *Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”*.

Artículo 40: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.*

2. *Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:*

a) *Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;*

b) *Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:*

i) *Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*

ii) *Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;*

iii) *Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;*

iv) *Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;*

v) *Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;*

vi) *Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*

vii) *Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”*.

3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*

a) *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*

b) *Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”*.

–tal como sucede en Colombia, agregó– es lo deseable, mientras ello no ocurra, el mínimo exigible a los diversos operadores judiciales es que, atendiendo la normativa vigente en Chile, aborden y respondan a los casos desde la pertinencia cultural. En este último sentido, afirmó que la implementación del Defensor del Niño desde un enfoque intercultural, podría constituir un valioso aporte.

En cuanto a esta última figura, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, señaló que el Defensor es parte de una Política Nacional de Infancia, la cual debe incluir, a lo menos, tres elementos: existencia de servicios adecuados de infancia y adolescencia; promulgación de una Ley de Protección Integral (lo que implica la derogación de la Ley de Menores actual); y la creación de una figura autónoma e independiente para la defensa efectiva de los derechos del niño.

Ahora bien, en cuanto al derecho del adolescente mapuche a ser oído, la participante **SANDRA HARO**, de la DPP, se refirió a la audiencia de escucha del menor de edad mapuche por la Corte de Apelaciones de Temuco referida por la expositora, en la cual participó personalmente, señalando que, a su juicio, se trató de un procedimiento deficitario e improvisado. Explicando su afirmación, relató que el ministro inició la diligencia expresando palabras bastante formales, que hacían difícil la comprensión por parte del niño y de sus padres. Por otro lado, aseveró que no existía claridad acerca de si era una audiencia privada o pública, si bien, en definitiva, pudieron ingresar a la sala funcionarios de la DPP. En suma, valorando la referida audiencia como una experiencia a considerar, resaltó la necesidad de establecer pautas de actuación en este tipo de diligencias.

También a este respecto, la participante **BÁRBARA KATZ**, de la DPP, coincidiendo en que el clima en que se desarrolló la escucha fue bastante formal, probablemente por tratarse de la primera experiencia de esta naturaleza en una Corte de Apelaciones, refirió que con ocasión de la realización de estas audiencias, la DPP entregó al ministro una copia de la Observación General n° 12¹⁹, con el objeto de que tomara conocimiento de la forma y estándares mínimos que deben cumplirse durante la realización de la escucha de niños, niñas y adolescentes. Agregó que, a su juicio, la declaración prestada por el niño en cuestión se efectuó de manera bastante diferente a la que tiene lugar en casos de niños víctimas de delitos, respecto de los cuales existen estándares de actuación (se materializa en un lugar amigable, los intervinientes permanecen sentados en una mesa redonda, y el niño tiene derecho a decir si quiere estar solo o acompañado por algún familiar).

ANUAR QUESILLE, de UNICEF-Chile, estimó que, sin perjuicio de lo valioso que resultan las declaraciones de menores de edad ante la Corte de Apelaciones referida, en cuanto constituyen un hito dentro de la cultura judicial imperante en Chile, es fácilmente constatable que no existe una regulación específica sobre la forma en que el juez debe llevar a cabo la escucha de un niño. En este sentido, sugirió como una medida práctica a adoptar en el momento de la audiencia, la lectura, repaso y seguimiento de la mencionada Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño.

19 Esta Observación General se refiere a “El derecho del niño a ser escuchado”, y fue formulada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en el año 2009.

Por otra parte, ahondando en este tema, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, se refirió al derecho a ser oído de los adolescentes mapuche infractores de ley, señalando que la Observación General nº 1020 establece que dicho derecho no se limita a la audiencia de enjuiciamiento, sino que hay instancias previas, no necesariamente judiciales, en las cuales se debe respetar este derecho.

Al respecto, **BÁRBARA KATZ**, de la DPP, señaló que, como principio, la DPP hace presente el derecho del imputado a guardar silencio. Puntualizó que, normalmente, es el defensor el que conversa activamente con el adolescente, ocasión en la que se le instruye acerca de cuáles son sus derechos: puede guardar silencio o puede declarar, lo cual tiene por objeto que el adolescente tome una decisión informada respecto a su derecho de no autoincriminación.

MAGDALENA GARCÉS, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, se refirió también al derecho a ser oído, señalando que existe un desafío pendiente en cuanto a la conciliación de este derecho de niños, niñas y adolescentes en el juicio penal, con su defensa efectiva y adecuada. Esto –añadió–, pues pese a que muchas veces es recomendable que guarden silencio, debe respetárseles su derecho a expresarse y a ser escuchados por el tribunal; punto en el que estuvieron de acuerdo también las participantes **BÁRBARA KATZ**, de la DPP, y **ELSY CURIHUINCA**, del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera.

Finalmente, **MAGDALENA GARCÉS**, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, y **FELIPE VIVEROS**, de ANIDE, resaltaron la importancia de que la aplicación del derecho a ser oído supere comportamientos y mecanismos puramente formales. En efecto, la primera participante señaló que, en materia penal, el ejercicio de este derecho no debe significar el mero cumplimiento de una formalidad, sino que debe transformarse, verdaderamente, en una satisfacción de sus garantías. El segundo, por su parte, señaló que los diversos profesionales y funcionarios que realizan intervención con niños, niñas y adolescentes en general deben recibir una capacitación que vaya más allá de la realización de cursos de especialización, que provea instrumentos y actitudes realmente habilitantes para un cambio de mirada hacia la niñez y la diversidad, e incida en cambios de mentalidad que, como sabemos, involucran procesos a largo plazo.

En este último orden de ideas, **FELIPE VIVEROS**, de ANIDE, fue crítico en la evaluación de la aplicación del derecho del niño a ser oído. En efecto, señaló que la intervención judicial en general respecto de niños, niñas y adolescentes es deficitaria en nuestro país, cuestión que se debería, fundamentalmente, al autoritarismo subsistente en este y otros contextos. Añadió que, en la línea de las recomendaciones, es esencial profundizar en la formación interdisciplinaria de jueces, compromiso que debería asumir la Academia Judicial como política institucional.

En cuanto a la aplicación de la Ley Antiterrorista, el participante **HERNANDO SILVA**, del Observatorio Ciudadano, expresó que, fruto de las presiones efectuadas por las organizaciones indígenas y la sociedad civil, y de las acciones legales intentadas, se ha dejado de aplicar judicialmente la Ley Antiterrorista. Sin embargo, hizo hincapié en

20 Esta Observación General se refiere a “Los derechos del niño en la justicia de menores”, y fue formulada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en el año 2007.

la existencia de un nuevo obstáculo, esto es, la utilización del artículo 416 del Código de Justicia Militar²¹, norma que tipifica el homicidio de carabinero en servicio. En efecto, más adelante, la participante SANDRA HARO, de la DPP, afirmó que, aplicando esta figura, se habría logrado condenar, incluso, a menores de edad (caso referido al homicidio frustrado del carabinero Gallardo).

HERNANDO SILVA, del Observatorio Ciudadano, explicó su argumento señalando que el principal problema de la utilización de esta norma es que los testigos que concurren al proceso son principalmente funcionarios policiales, por lo cual, a juicio de este participante, no se garantizaría la imparcialidad en la producción de la prueba testimonial. Además, señaló que, considerando la arbitrariedad con que el ordenamiento permite actuar a carabineros durante los allanamientos, éstos pueden sostener fácilmente que un menor de edad que se encontraba presente durante el procedimiento, disparó o lanzó una piedra, sin que ello responda a la realidad de los hechos.

Las participantes **SANDRA HARO**, de la DPP, y **MAGDALENA GARCÉS**, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, se refirieron también a la utilización de esta figura. La primera rechazó esta situación, aunque estimó difícil limitar su aplicación, señalando que el fiscal tiene la posibilidad real y concreta de acusar o formalizar en base a ésta. La segunda participante consideró que su invocación puede conseguir subrepticamente prisiones preventivas, independientemente de los resultados finales de condena.

Por último, el participante **HERNANDO SILVA**, del Observatorio Ciudadano, se refirió a la situación de los adolescentes mapuche que están privados de libertad en centros para tal efecto. Señaló que, por su condición de indígenas, estos adolescentes necesitan desarrollar su estilo de vida al interior de estos lugares pues, de lo contrario, además de perder su libertad, pierden el derecho a su cultura. En este sentido, este participante, y **LUIS ACUÑA**, de la Defensoría Penal Pública, coincidieron en que, independientemente de la especial circunstancia de pertenecer a la etnia mapuche, los adolescentes internos, en general, no cuentan con las condiciones físicas mínimas de permanencia –específicamente en el centro de Cholchol–, como falta de agua potable, de alcantarillado y de calefacción. Este último participante hizo ver también situaciones en que la fuerza es utilizada de forma innecesaria al interior de este centro, en específico, se refirió a la utilización de armas, tras lo cual algunos internos resultan lesionados.

RÉPLICA DE LA EXPOSITORA

En cuanto a los obstáculos que existirían en la judicatura para la comprensión intercultural, la expositora **MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA**, si bien compartió su existencia, se refirió a dos iniciativas reveladoras de esfuerzos para avanzar en su superación.

Así, en primer término, relató haber tenido la posibilidad de asistir, a principios de 2012, a un seminario de la Corte Suprema en el cual se habría analizado el Convenio

21 Esta norma señala que: “El que matare a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

169. Por otro lado, se refirió a la incorporación de un curso de perfeccionamiento de la Academia Judicial sobre tal Convenio 169. Y, por último, hizo alusión a cierta jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que ha reconocido y aplicado tal instrumento.

Por último, la expositora ilustró la pérdida del derecho a la cultura de los niños, niñas y adolescentes mapuche privados de libertad con las siguientes situaciones: imposibilidad de ver a su familia, de comer alimentos propios de su etnia, de compartir con otros pares y la existencia de odio racial de parte de algunos funcionarios.

CONCLUSIONES PRIMER DEBATE

1. Existió consenso en que una de las dificultades más graves que presenta la defensa penal de adolescentes mapuche es la falta de especialización en el abordaje de los conflictos que los involucran, es decir, el desconocimiento de elementos relacionados con su cosmovisión, cultura, idioma y tradiciones, entre otros. En este sentido, pudo concluirse que este obstáculo se observa transversalmente en la institucionalidad, es decir, en el Ministerio Público, policías, SENAME, programas de cumplimiento de medidas cautelares y de sanciones aplicadas en virtud de la Ley 20.084, en la propia DPP y, muy especialmente, en los tribunales inferiores y superiores de justicia.
2. En cuanto a los intentos por superar esta dificultad, se mencionó el esfuerzo de la DPP por crear instancias de diálogo intercultural a través de facilitadores interculturales –aunque se refirió a su lamentable escasez en el contexto institucional–; la relevancia de invocar la normativa internacional pertinente, especialmente la CDN; y la necesaria implementación de mecanismos de diversa índole para lograr una especialización efectiva, como la creación de una asignatura obligatoria sobre derecho indígena en las universidades.
3. Respecto a las falencias detectadas en los procedimientos en que participa directamente la DPP, fueron mencionadas las siguientes: a) la inexistencia de protocolos de procedimientos policiales claros y definidos al efectuar allanamientos en lugares en que se encuentran presentes adolescentes mapuche; b) falta de notificación inmediata de la detención de niños, niñas y adolescentes mapuche, tanto a la DPP como a sus familiares; d) inexistencia de un registro audiovisual de procedimientos policiales respecto de adolescentes mapuche; e) inexistencia de estándares de defensa específicos en relación a adolescentes mapuche y, en especial, respecto de su declaración.
4. En cuanto a la aplicación de la Ley Antiterrorista, se concluyó que ésta atenta contra los postulados de la CDN y de la Ley 20.084, y que no es procedente a la luz de la propia historia del establecimiento de esta última ley y de sus modificaciones, ya que ello importaría un aumento desproporcionado de las penas y, en definitiva, una vulneración del carácter excepcional de la privación de libertad en el caso de los adolescentes, del derecho a un trato digno de acuerdo con la edad, de la promoción de la integración social, del bienestar del niño y de la proporcionalidad de la reacción penal tanto respecto del hecho como de las circunstancias particulares del adolescente.

5. En todo caso, en cuanto a la Ley Antiterrorista, se destacó que si bien debido a las acciones impulsadas por la DPP, las organizaciones indígenas y la sociedad civil en general, ésta se ha dejado de aplicar judicialmente, a través de la utilización del artículo 416 del Código de Justicia Militar—norma que tipifica el homicidio de carabinero en servicio— igualmente se puede llegar a condenar a menores de edad, lo cual encierra un peligro similar a la aplicación de la mencionada ley.
6. Existió consenso en que no existe un procedimiento para dar eficacia al derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído, ni la debida internalización en los actores del sistema de justicia acerca de la importancia de este derecho. En todo caso, expositores y participantes destacaron dos casos excepcionales en que se han llevado a cabo dichas audiencias de escucha, a instancias de la DPP, e invocando la normativa internacional pertinente, en especial, la CDN y el Convenio 169.
7. En cuanto a la superación de este obstáculo, se destacó que la aplicación del derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído debe ir más allá de comportamientos y mecanismos puramente formales, y que debe profundizarse la formación interdisciplinaria de los jueces a través de la Academia Judicial.
8. En lo relativo al punto anterior, se recalcó la utilidad que implicaría la existencia de mecanismos de coordinación entre las instituciones involucradas en el sistema de justicia para hacer frente a situaciones en que deba reforzarse el legítimo ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes mapuche, sobretodo, cuando éstos están inmersos en el contexto de procedimientos judiciales de carácter penal. Bajo este entendido, y a modo de ejemplo, dichas instancias de coordinación deberían procurar que tanto la persecución como la defensa de estos adolescentes mapuche se realicen bajo los parámetros de tal condición, procurando el respeto de las normas nacionales e internacionales que rigen la materia.

SEGUNDO DEBATE

Protección de derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes mapuche

EXPOSITOR

Juan Jorge Faundes Peñafiel, académico Facultad Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco

MODERADOR

Anuar Quesille, UNICEF-Chile

PREGUNTAS DE CONTEXTO

1. Considerando los hechos de violencia sufridos por niños, niñas y adolescentes mapuche en comunidades, establecimientos educacionales y en algunas instituciones públicas, ¿cree usted que las acciones constitucionales existentes (protección y amparo) son mecanismos *idóneos* para tutelar los derechos fundamentales vulnerados en dichas situaciones? ¿Qué impacto le asignaría a la consagración de *acciones de tutela específicas* de derechos de los niños, niñas y adolescentes en una Ley de Protección Integral y a la actuación de un *Defensor del Niño en dichos contextos*?
2. Considerando las situaciones de violencia sufrida por niños, niñas y adolescentes mapuche ¿qué *importancia e impacto* específico asigna usted a la invocación de estándares internacionales –principalmente Convenio 169 y Convención sobre los Derechos del Niño– como fundamento de las acciones constitucionales impetradas para el restablecimiento de los derechos violados en esas situaciones, así como durante su sustanciación y resolución judicial?
3. A la luz del principio del debido proceso, ¿cuáles son los principales *obstáculos* que presenta el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes mapuche a ser oídos en contextos de acciones constitucionales impetradas? ¿Cree usted que la existencia de una *Ley de Protección Integral y de un Defensor del Niño* contribuiría efectivamente al respeto y protección de este derecho?
4. Teniendo en cuenta la inexistencia de protocolos formalmente establecidos para la ejecución de órdenes de detención, entradas y registros (allanamientos) en procedimientos policiales que involucran a niños, niñas y adolescentes mapuche, ¿cómo y en qué medida podría garantizarse la utilización de prácticas con enfoque de derechos y culturalmente pertinentes en estas diligencias policiales?

1. Mecanismos constitucionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche

Al referirse a la efectividad de los mecanismos constitucionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, el expositor **JUAN JORGE FAUNDES** distinguió entre “mecanismos idóneos” y “mecanismos suficientes”.

En este sentido, destacó, en primer lugar, el derecho que tienen los pueblos indígenas a un procedimiento sencillo y eficaz, sustanciado conforme a mecanismos básicos y accesibles, para la cautela de sus derechos. Al respecto indicó que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha resuelto específicamente en el sentido que el recurso de protección constitucional es una vía pertinente para el ejercicio de este derecho. Ello –señaló–, de acuerdo al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos²² y, en particular, al artículo 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²³. En efecto, el expositor refirió la sentencia de la Corte Suprema de Chile recaída en el caso de la Machi Francisca Linconao, que aplicó, por primera vez, el Convenio N° 169 de la OIT luego de su ratificación por el Estado de Chile²⁴.

Por otro lado, el expositor afirmó coincidir con la jurisprudencia de la Corte Suprema, en cuanto a que el recurso de protección, en particular, es un mecanismo sencillo y eficaz. En efecto, el expositor señaló que, dadas sus características y la jurisprudencia aludida, en el caso de niños, niñas y adolescentes mapuche, el amparo puede ser también una acción pertinente, dado que el recurso de protección –como se ha podido observar en la nutrida jurisprudencia y estrategias de las personas y organizaciones mapuche– se erige como un medio efectivamente expedito y sencillo para acceder a los tribunales de justicia para asegurar sus derechos. Sin perjuicio –añadió el expositor– de que en las decisiones de fondo los resultados han sido variados y variables.

Luego, y volviendo a la distinción planteada inicialmente, el expositor sostuvo que los mecanismos de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, si bien son idóneos, no son suficientes, fundamentalmente, debido a la falta de especialización del aparato jurisdiccional. En este sentido, señaló que los medios

22 Esta disposición establece lo siguiente: “Artículo 25. Protección Judicial. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados Partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

23 Este artículo prescribe que: “Artículo 12. Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

24 Este fallo indica que “el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los Jueces y Tribunales competentes a fin que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales”. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009. Corte Suprema, Rol 7287-2009, de 30 noviembre de 2009. Estas sentencias han sido comentadas por el expositor en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Tomo I, N° 1, 2010, p.99, y se encuentran en el anexo 2 de este documento.

“clásicos” de defensa de estos derechos, como las acciones de amparo y protección constitucional, podrían ser suficientes en la medida que se realice una adecuada interpretación judicial de la normativa internacional vigente en materia de derechos humanos, incluidos los de los indígenas, especialmente niños, niñas y adolescentes. En especial, respecto de disposiciones y principios articuladores e integradores de estos derechos, como el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT²⁵, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana²⁶, que articulan, respectivamente, principios como el de la aplicación integral de los derechos indígenas y de la interpretación evolutiva de los derechos humanos²⁷, y que se traducen, en concreto, en una mejora sustantiva en el estándar de los derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas por sobre, incluso, del tenor literal de los instrumentos jurídicos base. Muy por el contrario y lamentablemente –concluyó–, el manejo de los instrumentos y principios aludidos en el contexto judicial chileno actual es, a lo menos, insuficiente y con frecuencia, escaso.

Con respecto a la posible promulgación de una Ley de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia en Chile, el expositor **JUAN JORGE FAUNDES** señaló que una normativa de este tipo debiera contribuir significativamente a la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche. En efecto, explicó su afirmación agregando que, si se considera la cultura jurídica positivista y monocultural institucionalizada en Chile, la existencia de una ley de este tipo debiera generar un impacto positivo en dicha defensa, en cuanto se contaría con norma expresa para ello, siempre que la nueva ley –tras el proceso político parlamentario– cumpla con los estándares pertinentes en materia de derechos humanos. En concreto, el expositor sostuvo que la cultura positivista debiera significar que los jueces tengan mayor inclinación a aplicar el texto expreso de una ley que establece los derechos de la infancia y de la

25 Esta norma señala que: “Artículo 35. La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

26 Este artículo establece lo siguiente: “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

27 De acuerdo al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los derechos humanos deben aplicarse bajo un “sistema de interpretación unitario, donde toda norma convencional debe ser interpretada simultáneamente de acuerdo al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo. De esta forma, no es lícito hacer distinciones o jerarquías entre los distintos elementos de análisis, sino que deben tenerse todos ellos en cuenta cuando se busque determinar el contenido y alcance de una norma internacional, en este caso, de derechos humanos”. Así, en aquellos casos en que se presentan dudas sobre el contenido y alcance de un derecho o sobre la obligación del Estado o hay distintas posibilidades de interpretación, siempre debiera preferirse aquella que permita un mejor goce y ejercicio de los derechos y libertades, buscando siempre que la norma sea una eficaz garantía de los derechos de la persona, lo que se conoce como el principio Pro Homine o Pro persona. En este sentido, la interpretación evolutiva implica que “La interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, según ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando: “un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)() esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”. En esta parte, el expositor sigue a Nash, Claudio, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y Desafíos*, México, Ed. Porrúa, 2009, pp. 46- 49.

adolescencia, en especial la indígena, ya que dejaría de ser tan relevante el tener que recurrir a instrumentos internacionales o argumentos interpretativos garantistas que, aunque legítimos, válidos y acordes con las obligaciones de los órganos judiciales, suelen ser evitados por la magistratura más apegada al positivismo aludido.

En cuanto a la implementación de un Defensor de los Derechos del Niño, el expositor planteó que, al igual que la creación misma de un ombudsman en general, ésta es una figura central para poner en acción el derecho y los derechos humanos. En todo caso, el expositor advirtió que su efectividad dependerá de las potestades que le otorgue la ley para llevar adelante su cometido.

2. Estándares internacionales y acciones constitucionales

El expositor **JUAN JORGE FAUNDES** otorgó a los instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Convención sobre los Derechos del Niño, gran importancia e impacto específico frente a las situaciones de violencia sufridas por niños, niñas y adolescentes mapuche. En efecto, el expositor señaló que estos instrumentos pueden fundar las acciones constitucionales impetradas para el restablecimiento de derechos violados en dichas situaciones.

A mayor abundamiento, el expositor explicó que la existencia de estándares internacionales es fundamental para la aplicación evolutiva de las normas sobre derechos humanos, en tanto ellos implican la determinación de un *minimun* de derechos a respetar. En este sentido, señaló que resulta indispensable superar el positivismo clásico que, apegado a disposiciones legales muchas veces anacrónicas, no logra adecuarse a las necesidades sociales actuales, tal como sucede con el conflicto mapuche. Planteó que uno de los aspectos más graves donde se requieren cambios significativos es en materia de allanamientos a comunidades mapuche, donde reiteradas veces las primeras víctimas son niños y niñas. En este ámbito, el expositor señaló que, aunque la jurisprudencia reciente ha avanzado, se requiere un esfuerzo mayor y continuo con policías, jueces y fiscales, en orden a inculcar una “cultura” o “conciencia jurídica” de respeto por el espacio del hogar, la familia y la especial vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes, junto a los ancianos, por cierto, como una cuestión central de derechos humanos que no puede ser obviada ni soslayada en la aplicación del derecho por parte de estos operadores. Agregó, finalmente, que la construcción de estándares y la promoción de los mismos dirigida a estos operadores serán clave para asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas.

3. Acciones constitucionales, debido proceso, y derecho de niños, niñas y adolescentes mapuche a ser oídos

El expositor **JUAN JORGE FAUNDES** se refirió al derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído, señalando que actualmente no es posible entender los derechos de la infancia y de la adolescencia en general, y particularmente de los niños mapuche, sin la existencia de la garantía de participación. Explicó que los niños y adolescentes son parte del grupo y participan de las diversas dinámicas de éste, tienen roles y

muchas veces participan incluso de la toma de decisiones. En efecto, entonces, el expositor explicó que el derecho a ser oído no es solo un derecho de carácter procesal relacionado con el debido proceso, sino un derecho de carácter sustantivo fundado en dicha participación.

Ahora bien, respecto del derecho a ser oído, sus fundamentos y alcance, explicó que esta garantía ha sido objeto de un importante desarrollo en el ámbito de organismos especializados de Naciones Unidas y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de tal forma que niños, niñas y adolescentes son considerados hoy como sujetos y con discernimiento, y que tienen el derecho a participar y manifestar su parecer en las causas y procesos que les afectan. Agregó que, por cierto, su intervención deberá ser ponderada por los jueces de acuerdo al grado de madurez y desarrollo del menor²⁸, pero que se observa un cambio paradigmático en tanto el niño, niña o adolescente, como titular de derechos, ya dejó de ser solo un “sujeto-objeto” de protección pasivo, sino que tiene el derecho a ser un sujeto activo en la defensa de sus derechos, tanto individuales como colectivos.

4. Enfoque de derechos y diligencias policiales

En cuanto a la inexistencia de protocolos formalmente establecidos para la ejecución de órdenes de detención, entradas y registros (allanamientos) en procedimientos policiales que involucran a niños, niñas y adolescentes mapuche, el expositor **JUAN JORGE FAUNDES** afirmó que, en su opinión, la policía no está capacitada para solucionar el problema de Estado que se vive en la Araucanía. Sobre la base de esta explicación, señaló que no obstante la capacitación que la policía pueda recibir, y que es imprescindible, ésta no podrá garantizar en forma suficiente, de forma efectiva y permanente, el cumplimiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia indígena que son sistemáticamente vulnerados como consecuencia de una problemática mayor de orden colectivo y político.

El expositor señaló, en suma, que la vigencia de los derechos humanos, y en especial de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes indígenas, tiene

28 Al respecto, el expositor sostuvo que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una aplicación correcta de la Convención [sobre los Derechos del Niño] requiere armonizar la relación entre el “interés superior del niño” y “el derecho a ser escuchado”, conforme el artículo 12 de la Convención que exige a su vez “facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida” (CIDH, “*Atala Riffo y Niñas Vs Chile*”, párr. 197). Por lo tanto –agregó el expositor–, las medidas especiales de protección que se adopten en su favor deben conjugarse con el derecho del niño a “ser oído”. En concreto, la Corte ha dicho –según el expositor– que, conforme el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se debe dar al niño la oportunidad de ser escuchado, *en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte* (CIDH, “*Atala Riffo y Niñas Vs Chile*”, párr. 196). Además, el expositor agregó que se debe tomar en cuenta la progresiva capacidad de los niños y adolescentes, dado su grado de desarrollo y madurez, considerando, entre otros aspectos, que: la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente; los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal; el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores deben informar al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias; el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Al respecto, puede consultarse la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño de 2009 (párrs. 20, 25, 28, 30, 74 y 102); y la citada sentencia “*Atala Riffo y Niñas Vs Chile*” (párrs. 198 y 199).

que ver con cambios culturales que no necesariamente pasan por transformaciones jurídicas, sino por la superación de una sociedad conflictuada en diversos ámbitos, como es la sociedad chilena, que tras estos cambios debiera avanzar hacia modificaciones normativas e institucionales que consagren estas transformaciones y definan nuevas reglas bajo un paradigma de pleno respeto de los derechos humanos, en especial de niños, niñas y adolescentes indígenas.

ESPACIO DE DISCUSIÓN

En cuanto a los mecanismos de tutela de derechos, la participante **KARINA RIQUELME**, del Centro de Investigación y Defensa Sur (CIDSUR), afirmó que las *resoluciones* pronunciadas por los tribunales superiores de justicia ante el ejercicio de dichos mecanismos, no son idóneas. Argumentó que, efectivamente, hoy en día los niños siguen sufriendo violencia y continúan siendo detenidos en comunidades indígenas, sin que puedan ser evaluados oportunamente ante estas violaciones debido a la falta de recursos. Indicó, al respecto, que esta última situación impide la interposición oportuna –esto es, dentro del plazo legal– del recurso de protección, del recurso de amparo, o de otra acción, en su caso. Además, esta participante subrayó el hecho de que, pese a que la Corte Suprema ha debido recordar a Carabineros el deber de cumplir la normativa internacional, los abusos policiales siguen produciéndose. Es decir –aclaró–, esta situación demuestra que, no obstante que una resolución judicial pueda estar bien fundada, si ésta no cuenta con elementos específicos que garanticen el cumplimiento del mandato que contiene, pueden seguir verificándose detenciones arbitrarias y continuar ejerciéndose violencia contra personas mapuche, cualquiera sea su edad.

Por su parte, el participante **HERNANDO SILVA**, del Observatorio Ciudadano, señaló que los organismos del Estado suelen argumentar, en muchas de las tramitaciones de los recursos de protección, que éste no es un medio idóneo de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche. Sin embargo, destacó que tal tesis ha sido absolutamente rechazada por los tribunales, en el entendido de que es la única acción mediante la cual se pueden hacer presentes las violaciones a los derechos humanos, en cualquiera de sus esferas, frente al órgano jurisdiccional.

A su vez, **SEBASTIÁN SAAVEDRA**, de CIDSUR, discrepó parcialmente con el expositor, señalando que, a su juicio, los recursos de amparo y protección son idóneos para poner en funcionamiento la jurisdicción, específicamente para *denunciar*, y no tanto para tutelar los derechos infringidos. En efecto, explicó que quienes cometen estas vulneraciones son, precisamente, las policías, a cuyo respecto la Corte Suprema ha señalado que no está en su mérito dirigir directrices particulares sobre su actuación. Entonces –añadió–, en estos casos sucede que, pese a que se obtienen este tipo de recursos, las policías siguen procediendo de la misma forma. En este sentido, concluyó que el problema es de índole más política que judicial; y que la solución pasa, por ejemplo, por instruir a las policías procedimientos específicos de allanamientos en casos que involucren niños, como sucede –afirmó– en la gran mayoría de estos registros.

La participante **XIMENA GAUCHÉ**, académica de la Universidad de Concepción, señaló que también podría considerarse como mecanismo de protección, la acción de no discriminación arbitraria, que si bien no es una acción constitucional, está

reconocida en la Ley 20.609²⁹. Este cuerpo legal –agregó– concibe como categoría sospechosa a la etnia y a la edad, y establece expresamente la posibilidad de que el representante de la víctima, o quien la tenga bajo su cuidado, interponga dicha acción de no discriminación.

En este último punto, el participante **SEBASTIÁN SAAVEDRA**, de CIDSUR, intervino sosteniendo que resulta más útil una acción constitucional que la acción de no discriminación, por cuanto la primera puede ser interpuesta por cualquier persona, sin necesidad de patrocinio de abogado. Asimismo, comentó que la experiencia del Centro que representa ha sido relativamente exitosa en lo que a recursos de protección y amparo se refiere.

Posteriormente, **KARINA RIQUELME**, de CIDSUR, insistió en la importancia de conseguir el cumplimiento efectivo de la generalidad de las declaraciones emanadas de los tribunales superiores que ordenan el cese de prácticas ilegales, en especial, aquéllas en que se compele a Carabineros o a la Policía de Investigaciones a no interrogar a menores de edad. En este sentido, la participante señaló que, actualmente, la única forma de perseguir a quienes, perteneciendo a dichas instituciones, no acatan el estado de derecho, es a través de la justicia militar. Al respecto, afirmó que la justicia castrense, lamentablemente, no actúa siempre con la debida celeridad, lo cual provoca dilación en la producción de la prueba que debe obrar en el proceso, como es, por ejemplo, el testimonio de la propia víctima.

En cuanto a la falta de efectividad relevada por esta última participante, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, señaló que es en dicho punto donde cobran sentido los desafíos de una nueva institucionalidad de la infancia y de la adolescencia para nuestro país. En este sentido, destacó los aportes que podrían efectuar al respecto una Ley de Protección Integral y una Defensoría de los Derechos del Niño. En especial, en cuanto a esta última figura, señaló que una institución autónoma, con patrimonio y personalidad jurídica propios, podría, perfectamente, estar llamada a tutelar los derechos del niño en procedimientos judiciales que presenten excesiva dilación, tal cual lo comentaba la participante.

Coincidiendo también con la ineffectividad de los pronunciamientos judiciales, **HERNANDO SILVA**, del Observatorio Ciudadano, señaló que, a diferencia de otros contextos en que también prosperan los recursos constitucionales de protección y amparo, en situaciones de violación de derechos en el marco de procedimientos policiales, el hecho ya ocurrió y, por lo tanto, no se le puede dejar sin efecto. A ello se sumaría, según este participante, la carencia de una herramienta eficaz para determinar la responsabilidad de los sujetos involucrados en dicha situación de violación.

Ahora bien, en cuanto a la creación de un Defensor de Derechos del Niño comentado más arriba, el participante **HERNANDO SILVA**, del Observatorio Ciudadano, señaló tener cierta desconfianza debido a que, desgraciadamente, una figura de este tipo sería, finalmente, parte de la institucionalidad pública. En este sentido, valoró la búsqueda de soluciones que sean producto de un proceso participativo de la sociedad civil y

29 La participante se refiere a la ley que establece medidas contra la discriminación, publicada en el año 2012.

de los organismos especializados, a objeto de alcanzar una opinión consensuada y la suficiente cohesión social.

Por su parte, **DANIELA ORTEGA**, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, también en cuanto a los mecanismos constitucionales, puntualizó que dicho Instituto ha hecho ver ante la Corte Suprema que, si en la práctica estos mecanismos no resultan ni aptos ni eficaces para el fin que fueron concebidos –esto es, la protección de derechos–, se produce vulneración del artículo 25 de la Convención Americana³⁰. En efecto, esta participante afirmó que, durante el año 2012, la Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos presentaron alrededor de cinco acciones constitucionales a causa de la violencia policial, situación que motivó que se le señalara a la Corte Suprema la necesidad de tomar otro tipo de medidas para evitar la reiteración de tales violaciones.

En cuanto a la importancia e impacto específico de los estándares internacionales, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, se refirió a la reforma de la Ley Antiterrorista³¹ – que excluyó a todo menor de 18 años del ámbito de aplicación de esta Ley–, señalando que durante su discusión parlamentaria se aludió reiteradamente a la Observación General n° 10³², en lo que decía relación con los derechos del niño en conflicto con la justicia penal. Relevó, asimismo, la existencia de la Ley 20.084³³, indicando que la propia Observación General n° 10 y las Observaciones Finales efectuadas al Estado de Chile por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2007, reiteran la idea de que los niños, por sus propias condiciones, deben contar con un estatuto especial de responsabilización penal. Agregó que, considerando estos dos elementos e independientemente de las críticas de fondo que puedan plantearse a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, es ésta la ley aplicable a adolescentes, y no así la Ley Antiterrorista. En suma, concluyó que la reforma a este último cuerpo legal es indicaria de la vigencia de los estándares internacionales de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

La participante **XIMENA GAUCHÉ**, académica de la Universidad de Concepción, se refirió también a los estándares internacionales desde la óptica de la responsabilidad internacional. En este sentido, subrayó la importancia de efectuar un llamado de atención a los jueces, a las policías y a los órganos públicos en general, en cuanto al modo en que ejercen sus potestades. Indicó que la credibilidad internacional de los países es sometida a prueba como consecuencia del incumplimiento de tales estándares internacionales.

En cuanto a las acciones constitucionales, el debido proceso, y el derecho de niños, niñas y adolescentes mapuche a ser oídos, **SANDRA HARO**, de la Defensoría Penal Pública, se refirió a los principales obstáculos de la aplicación de este derecho. En este sentido, señaló que la DPP ha impetrado varias acciones constitucionales para obtener la protección de derechos de niños, en las cuales se ha solicitado que ellos sean oídos. Explicó que, en el ejercicio de estas acciones, intervienen diversos

30 Ver nota núm. 22.

31 Ver nota núm. 10.

32 Ver nota núm. 20.

33 Ver nota núm. 4.

obstáculos prácticos; desde ya, el desconocimiento de la forma en que han de llevarse a cabo este tipo de audiencias. La participante indicó que un elemento que podría colaborar a derribar estas dificultades es la correcta aplicación de las normas sustantivas relativas a la infancia, a objeto de utilizar bien esta herramienta procesal.

Por su parte, **KARINA RIQUELME**, de CIDSUR, coincidió con la participante anterior, relevando el hecho de que hasta hace escaso tiempo atrás no existían pronunciamientos respecto de la violencia histórica ejercida en contra de niños. En efecto, puntualizó que, gracias al trabajo efectuado por la DPP, por primera vez, una instancia jurisdiccional escuchó a un niño mapuche³⁴.

En cuanto a la utilización de prácticas con enfoque de derechos y culturalmente pertinentes en las diligencias policiales, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, señaló que distintos estudios y procesos de seguimiento a la malla de formación de Carabineros de Chile, y a todas las directrices relacionadas con la intervención de esta institución en situaciones de protesta social, control de orden público, o allanamientos en presencia de niños, niñas y adolescentes (particularmente en comunidades indígenas), han arrojado que no existe una incorporación del enfoque de derechos humanos. Sin embargo, indicó que, al menos formalmente, desde el Departamento de Derechos Humanos de esta institución se estarían generando esfuerzos al respecto, destacando la importancia de que ello redunde en la existencia de protocolos formalmente establecidos.

En este sentido, **HERNANDO SILVA**, del Observatorio Ciudadano, indicó que uno de los factores a considerar frente a las ilegalidades cometidas en estas actuaciones, es que Carabineros de Chile no evalúa a sus funcionarios considerando, entre otros elementos, el respeto a los derechos humanos, aunque sí, paradójicamente, el que sus actos se apeguen al principio de probidad administrativa. Ejemplificando su afirmación, indicó que si un carabinero en servicio pierde una chaqueta, ello queda consignado en su hoja de vida, y al momento en que la respectiva junta calificadora se reúna y lo evalúe, dicha situación será considerada en su ascenso. En cambio – continuó –, si un carabinero presenta una conducta reñida con los derechos humanos, en la gran mayoría de los casos, ello no quedará consignado en su hoja de vida y, por lo tanto, ello no se hará patente en el proceso calificador, pudiendo progresar en su carrera funcionaria sin problemas. Ante la situación descrita, este participante recalzó la urgencia de incorporar la cultura de los derechos humanos en el actuar de Carabineros de Chile, para que el funcionamiento completo de su institucionalidad se base en el respeto a dichos derechos. Finalmente, este participante subrayó la necesidad de contar con herramientas materiales encaminadas a hacer exigible esa conducta apegada a los derechos fundamentales.

Al respecto, **SEBASTIÁN SAAVEDRA**, del Centro de Investigación y Defensa Sur, agregó que la eventual existencia de protocolos de actuación, dado el positivismo imperante en las cortes, facilitaría, de forma importante, la consecución de los recursos constitucionales de protección de derechos, toda vez que, invocando la normativa que regula esas actuaciones, las cortes podrían compeler a la institución a cesar en conductas violatorias.

³⁴ Ver punto 2 del primer debate de este documento, referido al caso aludido por la participante, y el anexo 2 de este documento en donde se reproduce la sentencia recaída en el mismo.

Por último, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, señaló que un desafío para la institucionalidad toda es determinar de qué manera Carabineros puede contar con personal contingente para emergencias a nivel regional, justamente para cautelar el cumplimiento de tales eventuales protocolos.

CONCLUSIONES SEGUNDO DEBATE

1. En cuanto a los mecanismos constitucionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, se concluyó que el recurso de amparo, y especialmente el recurso de protección, son los medios más expeditos y sencillos para acceder a los tribunales de justicia a fin de restablecer el imperio del derecho. Sin embargo, se concluyó también que si bien estos mecanismos son idóneos para denunciar vulneraciones de derechos, pueden resultar insuficientes para la consecución de una tutela efectiva de los mismos. Entre las causas de esta afirmación se encuentra la falta de especialización del aparato jurisdiccional; deficiencia esta última que queda de manifiesto, entre otros elementos, en la escasa aplicación y débil interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales pertinentes a los conflictos que le son allegados.
2. Existió consenso en cuanto a la excesiva y permanente violación de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche en la región. En este sentido, se identificaron los siguientes elementos de análisis:
 - 2.1. En primer lugar, se denunció la ausencia de mecanismos específicos que garanticen el cumplimiento de mandatos contenidos en resoluciones judiciales tendientes a hacer cesar detenciones arbitrarias, violencia desmedida contra personas mapuche, e interrogatorios ilegales de menores de edad mapuche. En efecto, los participantes manifestaron unánimemente que si bien la Corte Suprema ha declarado ilegítimas actuaciones como las señaladas, ha indicado también que no está en su mérito dirigir directrices particulares sobre los procedimientos de las instituciones que incurren en dichos excesos, cuestión que intensifica la situación de indefensión.
 - 2.2. En segundo lugar, se detectaron falencias en la persecución y castigo de los responsables de estas violaciones. Así, se concluyó que la justicia militar –principal medio para identificar y sancionar a dichas personas en la actualidad– es insuficiente, pues no actúa siempre con la debida celeridad, provocando, en suma, denegación de justicia.
 - 2.3. En tercer lugar, se constataron serias deficiencias en la utilización de prácticas con enfoque de derechos y culturalmente pertinentes en las diligencias policiales. En especial, con respecto a Carabineros de Chile, pudo concluirse que si bien, al menos formalmente, se estarían generando esfuerzos al respecto, lo cierto es que en la actualidad diversos procedimientos de esta institución en la región no evidencian real respeto a los derechos fundamentales ni la existencia de protocolos formalmente establecidos para ello.
 - 2.4. Por último, en cuanto a estos protocolos de actuación de las policías, se insistió firmemente en la urgencia de su implementación formal y real. Ello, en cuanto su existencia facilitaría la consecución de los recursos

constitucionales de protección de derechos, toda vez que, invocando la normativa que regula esas actuaciones, las cortes podrían compeler a la institución en cuestión a cesar en conductas violatorias y prevenirlas en el futuro.

3. En cuanto a los estándares internacionales y su repercusión en la interposición y conocimiento de acciones constitucionales, existió consenso en otorgar a instrumentos tales como el Convenio 169 y la Convención sobre los Derechos del Niño, gran importancia e impacto específico frente a las situaciones de violencia sufridas por niños, niñas y adolescentes mapuche. Ello, en cuanto los estándares a que dan lugar estas y otras normativas internacionales, permiten fundar adecuadamente las acciones constitucionales impetradas para el restablecimiento de derechos violados en dichas situaciones y, a mayor abundamiento, su aplicación evolutiva por parte de los actores del sistema de justicia permite adecuarse a las necesidades sociales actuales, tal como sucede con el conflicto mapuche. En este sentido, se concluyó también que el cumplimiento de dichos estándares por los órganos públicos incide en la responsabilidad internacional del Estado chileno y en su consecuente credibilidad en el concierto internacional.
4. En cuanto al derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído, si bien se celebró el esfuerzo de la DPP que ha permitido la celebración de audiencias de escucha en instancias jurisdiccionales, se identificaron diversos obstáculos prácticos para la efectiva realización de este derecho, en especial, el desconocimiento de la forma en que han de llevarse a cabo este tipo de audiencias.
5. En lo que respecta a los mecanismos de prevención, detección y tratamiento de hechos de violencia contra niños, niñas y adolescentes mapuche, se insistió en la importancia de generar instancias que permitan que las instituciones del sistema de justicia actúen coordinadas con el fin de adoptar medidas tendientes a la protección efectiva de quienes sean víctimas de acciones que atenten contra su integridad personal. Algunas de estas medidas podría ser la creación de un mecanismo formal de información oportuna entre las distintas instituciones, de manera de adoptar medidas rápidas y eficientes ante dichos actos.
6. Finalmente, existió consenso en cuanto a que la promulgación de una Ley de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia contribuiría significativamente a la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, dado que la cultura jurídica positivista, monolítica e institucionalista imperante en Chile es renuente a aplicar normativa que no se haya incorporado expresamente al ordenamiento interno. A similar conclusión pudo arribarse respecto de la implementación de un Defensor de los Derechos del Niño, en cuanto se la calificó como una figura indispensable para lograr una tutela efectiva de derechos y, en especial, para velar por la vigencia de los derechos del niño en procedimientos judiciales.

TERCER DEBATE

Experiencias ante instancias internacionales

EXPOSITORA

Gallianne Palayret, Coordinadora Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Discriminación, Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)

COMENTADOR

Observatorio Ciudadano

MODERADOR

Anuar Quesille, UNICEF-Chile

PREGUNTAS DE CONTEXTO

1. Considerando las herramientas y las características del litigio internacional, ¿cuál es la *evaluación* que usted hace de las estrategias utilizadas en la defensa de los derechos de la infancia y de la adolescencia indígena en el sistema universal (Naciones Unidas) y regional (Interamericano) de protección de derechos humanos?
2. Teniendo en cuenta la existencia del Tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (que crea un sistema de denuncias individuales ante el Comité de los Derechos del Niño) y la ratificación que de él debe efectuar el Parlamento chileno, ¿qué *importancia e impacto específico* asigna usted a esta vía internacional para la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuches?
3. ¿Cuáles son, a su juicio, las temáticas que deberían abordarse en un informe alternativo al Comité de los Derechos del Niño sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes indígenas de Chile y las *condiciones básicas* para la construcción de una estrategia conjunta en su elaboración?

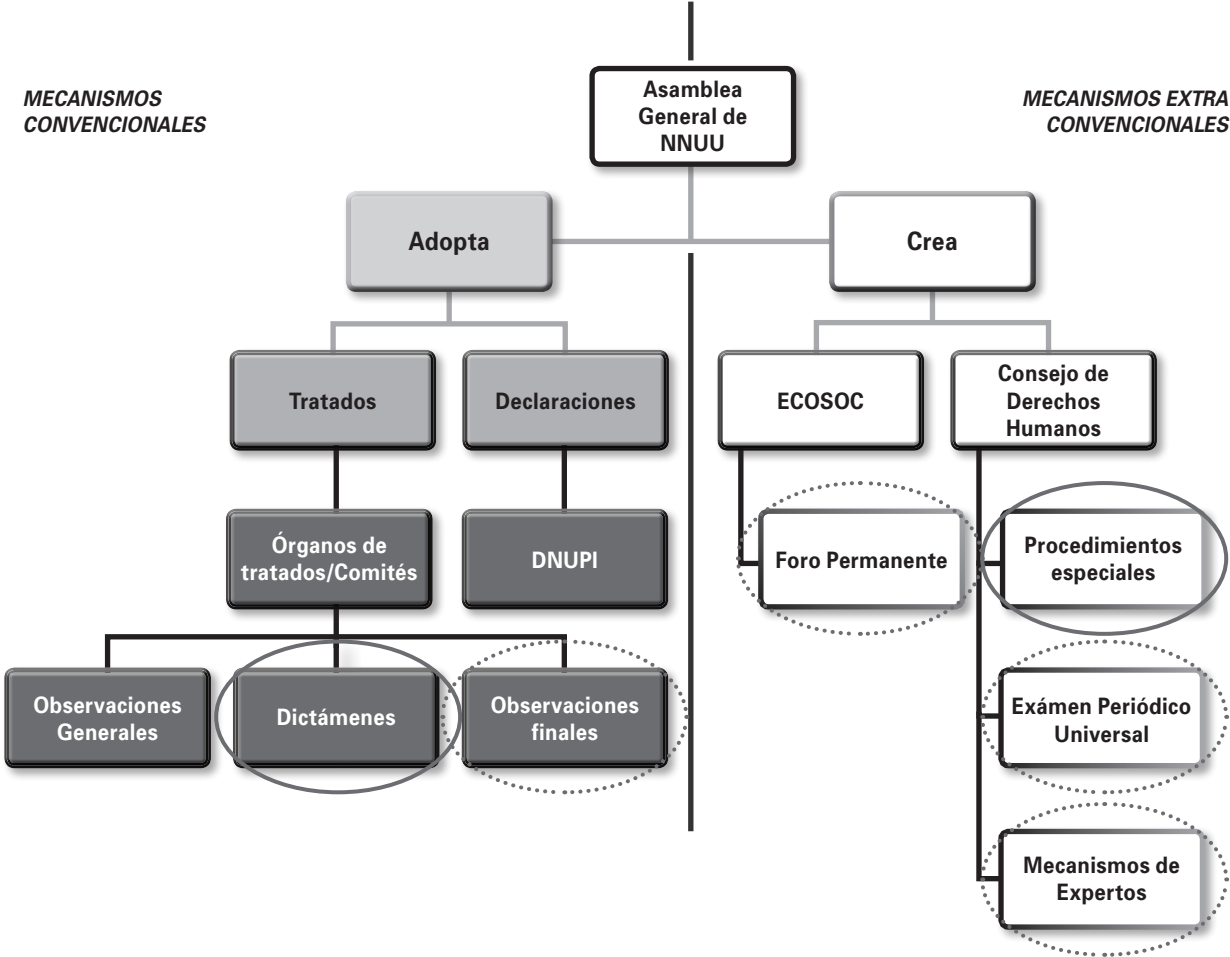
1. Mecanismos de defensa internacional de derechos de la infancia y de la adolescencia mapuche

Al comienzo de este debate, la expositora **GALLIANNE PALAYRET** contextualizó su presentación abordando, en general, los mecanismos de promoción y protección internacional de derechos humanos.

En efecto, se refirió a las herramientas que para ello proveen los sistemas universal e interamericano de derechos humanos. En particular, en cuanto al primero de ellos, la expositora explicó la existencia de mecanismos convencionales, es decir, los contemplados en tratados internacionales; y a los de índole no convencional, es decir, fundamentalmente, los que derivan de decisiones de la Asamblea General o del

Consejo de Derechos Humanos, conforme al esquema que se reproduce más abajo. En este sentido, la expositora afirmó que ambos tipos de mecanismos permiten la defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas en específico.

Los Derechos de los Pueblos indígenas en el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas



Línea continua: instancias ante las cuales se pueden presentar casos individuales de niños, niñas y adolescentes indígenas.
 Línea de puntos: instancias ante las cuales se pueden denunciar situaciones generales de violación de los derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas.

2. Estrategias para la presentación de casos individuales ante instancias internacionales

En especial, la expositora **GALLIANNE PALAYRET** se refirió a la definición estratégica de presentación y litigación de casos ante instancias internacionales. En este sentido, señaló que, dependiendo de distintas variables, en ciertas situaciones convendrá optar por el sistema universal y en otras, por el sistema regional; debiendo, además añadió-, valorarse cada una de las herramientas de defensa que dichos sistemas ofrecen. En cada una de estas determinaciones –precisó– corresponderá ponderar diversos elementos, en especial, el resultado que quiera obtenerse con la acción internacional.

De esta forma, ejemplificó que ante el uso excesivo de la fuerza contra niños mapuche por parte de la policía en allanamientos en comunidades indígenas, habría que formular interrogantes tales como si lo que se desea obtener es la condena de los funcionarios policiales responsables, lograr un impacto en el modo de actuar de la policía en dichas intervenciones, o bien, poner fin a la discriminación en contra de niños mapuche en general y, desde luego, si desea lograrse un impacto de índole político, o bien, de efectos jurídicos.

En cuanto a la presentación de casos individuales en el sistema universal, la expositora señaló que existen, fundamentalmente, dos mecanismos. En primer lugar, a través de los comités (mecanismos convencionales)³⁵; y, en segundo lugar, mediante los denominados procedimientos especiales (mecanismos extra convencionales), tal como se desprende del esquema reproducido anteriormente.

En específico, volviendo al ejemplo mencionado acerca del uso excesivo de la fuerza contra niños y niñas indígenas en allanamientos, la expositora **GALLIANNE PALAYRET** señaló que un caso de este tipo podría presentarse ante diversos comités del sistema universal: por ejemplo, el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial o, en el futuro, el Comité de los Derechos del Niño³⁶. A su vez, indicó que podría optarse por los procedimientos especiales y entregar la información, por ejemplo, al Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Relator Especial sobre la Tortura o el Relator Especial sobre la Protección de derechos humanos en la lucha en contra del Terrorismo.

La decisión sobre el uso de uno u otro mecanismo debe tomarse teniendo en cuenta que el mecanismo de denuncia a los comités es cuasi-judicial y puede concluir con un dictamen público que determine violaciones de derechos humanos y recomiende medidas de reparación. En cambio, los procedimientos especiales no son mecanismos judiciales sino que se basan en la necesidad de actuar con rapidez –en general, unas

35 Cabe señalar que para ilustrar esta primera vía de presentación, durante este debate fue exhibido un vídeo relativo al Caso L.N.P. vs. Argentina, en el cual una niña indígena víctima de una violación, representada por el Instituto de Género y Desarrollo (INSGENAR) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), acudió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En especial, la expositora destacó que en este caso no fue necesario invocar un artículo específico de un instrumento internacional que reconociera expresamente el derecho violado, sino que bastó alegar la vulneración del derecho al debido proceso, del derecho a la no injerencia en la vida privada, del derecho a la no discriminación, del derecho de los niños a ser tratados como tales frente a la justicia, entre otras garantías reconocidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

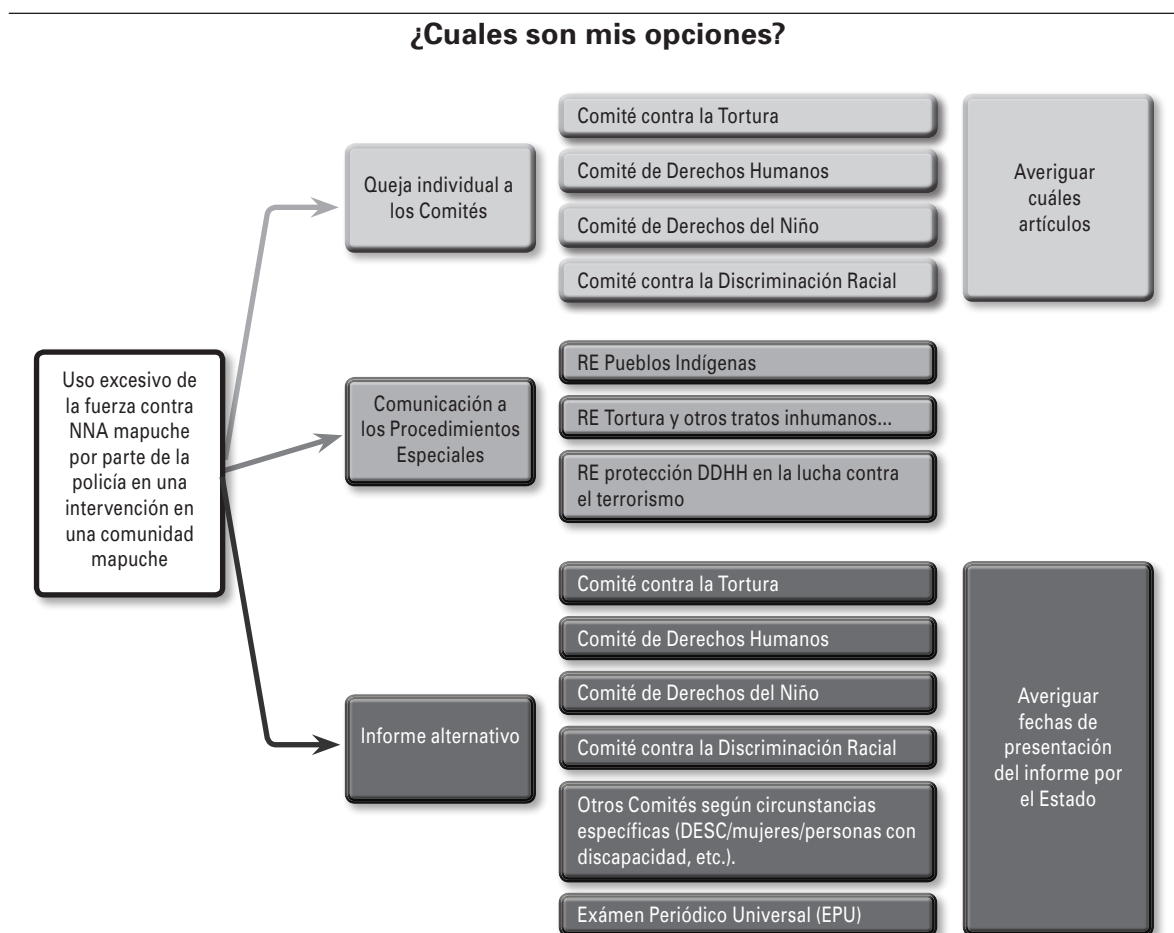
36 El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones no ha entrado en vigor todavía, faltan ocho ratificaciones (Chile lo firmó pero no lo ratificó).

semanas–, están concebidos para proteger a las víctimas (actuales o potenciales) y no impiden que se adopten medidas judiciales apropiadas a nivel nacional. Para presentar una denuncia a los procedimientos especiales no se requiere que el Estado haya ratificado el tratado pertinente ni haber agotado los recursos internos.

Para la denuncia de una situación general de violaciones de los derechos de niños y niñas indígenas en ciertas situaciones o regiones, representantes de la sociedad civil o las víctimas mismas pueden también enviar informes alternativos a los propios comités señalados cuando el Estado está examinado; o bien, enviar dicho informe en el contexto del Examen Periódico Universal³⁷.

Finalmente, la expositora afirmó que todas las alternativas indicadas son complementarias, es decir, que se puede simultáneamente enviar a un comité una queja individual y un informe alternativo o comunicarse con un Relator Especial a través de un llamamiento urgente o una carta de alegación, con el objeto de acelerar la resolución del problema.

En resumen, a nivel internacional:



37 Chile presentará su 2º informe en la 18ª sesión del Examen Periódico Universal a inicio del año 2014. Para más información, ver: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>

En cuanto a la decisión de optar para el sistema universal o el sistema interamericano, y continuando con el análisis de los elementos que influyen en la construcción de la estrategia de presentación del caso, la expositora **GALLIANNE PALAYRET** puntualizó que existen varios elementos que deben ser considerados.

- *En primer lugar, el factor temporal:* según estadísticas internas de los sistemas, el tiempo de adopción de un dictamen por parte de los comités en el sistema universal es de 2 a 3 años desde la fecha de sometimiento del caso; en el sistema interamericano, desde la fecha de sometimiento del caso pasan aproximadamente 6 a 7 años antes de llegar a la Corte y 17,4 meses ante la Corte, hasta la fecha de emisión de la sentencia de fondo y reparaciones.
- *En segundo lugar, los recursos disponibles:* así, por ejemplo, señaló que si estos son escasos, el sistema universal sería más indicado que el sistema interamericano ya que el sistema universal contempla un procedimiento por escrito que no tiene mayores costos económicos en su tramitación, mientras el sistema interamericano implica altos costos para asistir y participar –tanto abogados como testigos– en las audiencias ante la CIDH en Washington D.C. y ante la Corte IDH en San José de Costa Rica³⁸.
- *En tercer lugar, el enfoque sobre los derechos de los niños y niñas indígenas:* La Convención Americana sobre Derechos Humanos no tiene un artículo específico sobre niñez indígena (se ha utilizado el artículo 19, que se refiere a los derechos de los niños en general)³⁹, mientras el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere explícitamente a niños y niñas indígenas.
- *Por último, los apoyos disponibles para la presentación del caso:* tales como la participación en alguna organización, la experiencia en litigación regional u internacional, o la existencia en el país de alguna Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas –como es el caso en Chile– que pueda colaborar en la construcción del caso, etc.

ESPACIO DE DISCUSIÓN

Durante el espacio de discusión, el moderador **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, reprodujo las opiniones acerca de las preguntas de contexto de este tercer debate, enviadas por el Observatorio Ciudadano. Afirmó que el documento enviado daba cuenta de la forma en que este Observatorio, en su rol de litigante en algunos casos ante el sistema interamericano, percibía el estado de situación de las estrategias utilizadas en casos de niños, niñas y adolescentes indígenas. De esta forma, a continuación, se reproduce lo que este organismo opinó al respecto.

38 Cabe destacar que existe una figura reciente que es el defensor interamericano, que permite obtener defensoría jurídica gratuita, pero es una figura nueva y que a la fecha ha sido utilizada una sola vez.

39 Pero cabe destacar que dentro de la estructura de la CIDH se encuentra la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez que colabora en el análisis y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas. La Relatoría asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia. Asimismo, realiza visitas a los Estados, y elabora estudios e informes.

En primer lugar, el **OBSERVATORIO CIUDADANO** evalúa de manera negativa la estrategia utilizada para la defensa de los derechos de la infancia y de la adolescencia indígenas en el sistema universal y regional interamericano de protección de los derechos humanos.

En efecto, en opinión de este organismo, el sistema universal no ha sido utilizado para denunciar las situaciones de vulneración de derechos de niños y adolescentes mapuche debido, principalmente, a tres razones. En primer lugar, el hecho de que el Comité de los Derechos del Niño no cuente con una instancia que reciba denuncias individuales sobre dicha situación. Por otra parte, el que el Comité de Derechos Humanos carezca de la especificidad necesaria para recoger dichas denuncias. Por último, el que el sistema de Naciones Unidas no cuente con las herramientas necesarias para generar efectos vinculantes y directos frente a los Estados.

Por su parte, en cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, el **OBSERVATORIO CIUDADANO** señaló que ha hecho uso efectivo del mismo presentando una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referida a la vulneración de derechos de los niños y adolescentes mapuche afectados por la excesiva violencia policial ejercida en contra de sus comunidades.

Con respecto a esta presentación mencionada, dicho Observatorio comentó una serie de dificultades que ha debido enfrentar. Se refirió, en efecto, a la lentitud de la tramitación, pues solo después de transcurridos aproximadamente cuatro meses se requirió la respuesta del Estado. En segundo lugar, se señaló que un problema a superar sería el del “criterio de magnitud” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues esta habría manifestado que, “al no haber muertos (como en México o Colombia) la situación no es tan grave para el Sistema”; circunstancia que habría impedido acoger la solicitud de medida cautelar mencionada, y que la habría transformado en una Denuncia-Petición de fondo ante la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este punto, el Observatorio indicó que nuevamente la dilación del procedimiento se habría manifestado en esta etapa, toda vez que transcurridos dos años desde el ingreso del caso al sistema, aún no se resuelve su admisibilidad.

En suma, el Observatorio concluyó que la experiencia jurídico-judicial en la utilización de los sistemas internacionales de defensa de los derechos humanos ha sido más bien negativa, si bien reconoció la función política que, paulatinamente, ellos van cumpliendo con el objeto de incidir en el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados.

En cuanto a la existencia del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño –que crea un sistema de denuncias individuales ante el Comité de los Derechos del Niño– y la ratificación que de él debe efectuar el parlamento chileno, el **OBSERVATORIO CIUDADANO** opinó que esta vía internacional podría generar gran impacto en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche. En efecto, este organismo indicó que tal protocolo proveería de una herramienta directa de denuncia ante un organismo de competencia específica de situaciones de vulneración de derechos de niños y adolescentes mapuche, y contribuiría a crear mayores espacios de presión en el contexto internacional para el cumplimiento de las obligaciones del Estado chileno a tal respecto.

En relación a las temáticas que debieran abordarse en un informe alternativo al Comité de los Derechos del Niño sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes indígenas de Chile, y las condiciones básicas para la construcción de una estrategia conjunta en su elaboración, el **OBSERVATORIO CIUDADANO** estimó que lo primordial es lograr cohesión y coordinación entre los diversos actores de la sociedad civil que trabajan en la protección y defensa de los derechos del niño y de los pueblos indígenas. De esta forma, este organismo opinó que dicho informe alternativo debiera incluir los siguientes elementos:

- Situación económica, social y cultural de los niños y adolescentes indígenas;
- Contexto de reivindicación política, jurídica y territorial de los pueblos indígenas en Chile;
- Situación de integridad psíquica y física de los niños y adolescentes indígenas frente a la violencia policial ejercida sobre sus comunidades;
- Situación de persecución penal de los niños y adolescentes indígenas frente a los procesos reivindicativos de los pueblos a los que pertenecen;
- Recomendaciones de la sociedad civil frente a cada uno de los puntos mencionados.

Por último, en relación a la incidencia de los Informes Alternativos, el **OBSERVATORIO CIUDADANO** señaló que es necesario contar con el apoyo de organismos internacionales de derechos humanos y, de preferencia, lograr que algunos de los suscriptores de dichos Informes puedan apersonarse en su revisión.

Continuando con el espacio de discusión y en relación a las dificultades de la litigación internacional, **ANUAR QUESILLE**, de UNICEF-Chile, explicó las razones por las cuales la DPP fue invitada a participar en este tercer debate, dedicado a las experiencias de defensa de derechos de la infancia y de la adolescencia indígena frente al Estado chileno. En este sentido, señaló que la DPP presenta una limitación al litigar contra el propio Estado, a diferencia de otras Defensorías de la región, que sí pueden hacerlo. Al respecto, señaló que este elemento no debiera identificarse como un obstáculo sino como un hecho que colabore en el diseño de estrategias conjuntas, por ejemplo, con organismos internacionales, o en la creación de un sistema de derivación de causas entre la DPP y la sociedad civil en los casos en que la competencia de la primera se agote.

En cuanto a la posibilidad que tiene la DPP de participar directamente en la utilización de estos mecanismos internacionales, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, señaló que debe efectuarse una distinción.

En primer lugar, se refirió a la existencia de un modelo de defensa de víctimas en Estados que cuentan con una verdadera institucionalidad de derechos humanos, caracterizado por contemplar un acceso a la justicia tanto a nivel interno como internacional. Agregó, en este sentido, que en Chile no existe tal modelo pero que, de implementarse, el ente llamado a ejercer esta defensa debiera tener carácter de institución; como, por ejemplo, la eventual Subsecretaría de Derechos Humanos, que debiera actuar como contraparte dentro del propio Estado con dimensión de derechos humanos y generar instituciones de acceso a la justicia a nivel internacional.

Asimismo, afirmó que el proyectado Servicio de Defensa Judicial –llamado a reemplazar a las Corporaciones de Asistencia Judicial– debiera presentar también un componente de defensa de derechos humanos en su mandato, ya que el Estado debe ofrecer a las víctimas asistencia, orientación y defensa no solo doméstica, sino también internacional cuando así se requiera.

En todo caso, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, afirmó que si bien dicha institucionalidad no existe en Chile, las personas tienen un derecho actualmente exigible a acceder a la justicia, tanto doméstica como internacional, y que, en dicho sentido, la DPP se encuentra en una posición inexcusable de otorgar defensa también a nivel internacional. En suma, concluyó que si el Estado no ha resuelto su institucionalidad de derechos humanos de manera eficaz, eficiente, coherente e integrada, la agencia que de hecho satisface el acceso a la justicia, debe asumir esta tarea.

Por su parte, **LUIS ACUÑA**, de la DPP, sobre el rol de esta institución, señaló que, en principio, podría sostenerse que la DPP debiera asumir solo la defensa de imputados. Sin embargo, refirió un caso en que la Defensoría Penal Mapuche interpuso exitosamente un recurso de amparo respecto de niños indígenas que estaban siendo objetos de vulneraciones con ocasión de los allanamientos, es decir, que no eran imputados; lográndose en dicha causa que uno de ellos fuera oído por un ministro de Corte de Apelaciones⁴⁰. A juicio de este participante, situaciones como estas darían cuenta de que la función de la DPP es más amplia que la que tradicionalmente se le confiere.

NICOLÁS ESPEJO, de UNICEF-Chile, coincidió con el participante anterior, señalando que si en el plano interno la DPP ha logrado asumir una defensa que sobrepasa la órbita del imputado, también debiera actuar internacionalmente, en especial, si se considera el hecho de que ni el INDH ni diversas organizaciones no gubernamentales pueden asumir actualmente la defensa de todos los casos, y que, a su vez, el Estado cumple deficientemente este deber, toda vez que las Corporaciones de Asistencia Judicial y SENAME, entre otros entes, no tienen competencia expresa para ello.

En otro orden de ideas, **MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA**, de la Defensoría Penal Mapuche, y **MARCO RABANAL**, abogado colaborador del INDH, hicieron hincapié en la invocación de la normativa internacional y en la interpretación evolutiva de la misma. En efecto, ambos participantes coincidieron en que las instituciones a las que pertenecen han actuado de forma coordinada en la interposición de acciones constitucionales a favor de niños mapuche, fundamentándolas en los tratados internacionales vigentes, en especial, la CDN.

En todo caso, **MARCO RABANAL**, abogado colaborador del INDH, señaló que incluso en los fallos favorables que resuelven dichas acciones, solo circunstancialmente se citan artículos de instrumentos internacionales y que, de hacerlo, ellos son reproducidos de manera literal, sin que exista desarrollo alguno de su aplicación al caso concreto que conocen.

⁴⁰ Ver punto 2 del primer debate, referido al derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído.

Al respecto, la expositora **GALLIANNE PALAYRET** compartió la inquietud del participante anterior e informó que la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, en virtud de un convenio suscrito con la Academia Judicial de Chile, ha comenzado a impartir cursos sobre derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto a la defensa internacional de víctimas de violaciones a los derechos humanos, **MARCO RABANAL**, abogado colaborador del INDH, señaló que no es una actuación que a la fecha haya efectuado el Instituto, más bien se encuentra en análisis la procedencia de ello en relación al mandato legal. En efecto, este participante señaló que gran parte de su labor es más bien de promoción y de educación en derechos humanos, y no así de defensa judicial de los mismos, de forma que esta última está limitada legalmente a la interposición de determinadas acciones, como el amparo, cuando se han vulnerado ciertos derechos protegidos a nivel constitucional.

En cuanto a la litigación estratégica de derechos humanos en el contexto internacional, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, señaló advertir cierta falta de explotación integral del sistema universal por parte de la sociedad civil chilena. En efecto, afirmó que el hecho de haber desarrollado progresivamente el sistema interamericano de derechos humanos puede conspirar en contra de la difusión y utilización de aquellos otros mecanismos especiales previstos en el sistema universal de derechos humanos enunciados por la expositora. Es decir –añadió–, es necesario que la sociedad civil construya una estrategia más global, coherente y eficiente de utilización de dicho sistema universal.

Asimismo, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, coincidió con la expositora en cuanto a las preguntas que deben formularse previamente a la presentación del caso. En este sentido, señaló que dichas interrogantes, probablemente, sean diversas para cada institución u organización, dependiendo de sus mandatos constitutivos, de sus restricciones institucionales, y de sus objetivos a mediano y a largo plazo.

En este sentido, refiriéndose a las opiniones enviadas por el Observatorio Ciudadano, en particular en cuanto a las razones por las cuales no han presentado casos de niños en el sistema universal –esto es, el hecho de que el Comité de los Derechos del Niño no tenga protocolo opcional y que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas carezca de especificidad–, se manifestó parcialmente de acuerdo con esta opción toda vez que, en su opinión, los órganos regionales han contribuido comparativamente más al desarrollo dogmático del derecho internacional de los derechos humanos que los órganos pertenecientes al sistema universal. En efecto, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, señaló que acudir a los comités presenta la virtud de conseguir con mayor rapidez una decisión que restablezca la protección del derecho violado, aunque sacrificando la construcción de una dogmática sofisticada.

De esta forma, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, reforzó la importancia de plantearse las preguntas acerca de lo que quiere obtenerse con la litigación internacional. En especial –agregó–, si se busca, por ejemplo, frenar los excesos policiales en el contexto de los procedimientos llevados a cabo en comunidades mapuche, es muy probable que más que la dogmática jurídica lo que se quiera asentar es la existencia de prácticas policiales desproporcionadas y que se ordene su restricción, por lo que, probablemente, no debiera descartarse acudir al sistema universal.

En suma, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, concluyó que en la formulación y respuesta de estas interrogantes, debiera trabajarse más en conjunto con la sociedad civil y, en general, con quienes se dedican a la defensa de los derechos de los niños.

En otro orden de ideas, **NICOLÁS ESPEJO**, de UNICEF-Chile, afirmó que lo deseable sería lograr mayor dinamismo e integralidad en el trabajo de protección jurisdiccional que los distintos participantes del Ciclo de Debates llevan a cabo. En efecto, señaló, por ejemplo, que en la elaboración de los informes alternativos de supervisión periódica debiera considerarse la experiencia de protección jurisdiccional acumulada por distintas organizaciones. Así –señaló–, si la función que se lleva a cabo primordialmente es la denuncia de casos individuales, debiera intentarse que la experiencia lograda en ello colabore en construir una visión más estructural de lo que realmente está ocurriendo con la violencia sufrida en comunidades mapuche. Se trata –añadió– de sistematizar algunas prácticas, que pueda determinarse cuál es la cuestión jurídica discutida en los casos que se han litigado, cuáles han sido los argumentos dogmáticos utilizados, cuál ha sido el razonamiento judicial (formal o material, si se concentra en el respeto al derecho, en la garantía efectiva), y cómo la ausencia de otras normativas más generales –como una Ley de Protección Integral, por ejemplo– afecta o impacta el trabajo de la DPP.

Finalmente, **MARCO RABANAL**, abogado colaborador del INDH, con respecto a la falta de especialización, señaló que uno de los principales problemas a enfrentar es que en las salas de las cortes que deben conocer de los recursos interpuestos, existen interlocutores que realmente no escuchan o no comprenden lo sostenido por el recurrente litigante. En especial –señaló–, los abogados integrantes no cuentan con la especialización deseable para conocer ciertas materias; así, por ejemplo –añadió–, en ocasiones se niegan a aplicar la CDN.

CONCLUSIONES TERCER DEBATE

1. Existió consenso en cuanto a que, en general, tanto el sistema universal como regional de protección de derechos humanos proveen de mecanismos aptos para la defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche.
2. La determinación del sistema ante el cual litigar y la herramienta específica a utilizar para la defensa de tales derechos dependerá de los mandatos constitutivos, restricciones institucionales, y objetivos a mediano y a largo plazo de cada ente litigante.
3. Asimismo, la determinación del sistema ante el cual litigar y la herramienta específica a utilizar para la defensa de tales derechos dependerá de la valoración estratégica de elementos de distinta índole. A saber: el carácter del impacto que desea obtenerse con la litigación (político o jurídico), la existencia de jurisprudencia previa emanada de órganos internacionales, los recursos disponibles, la urgencia del cese de la violación del derecho, la relación existente entre el Estado y el organismo internacional, y los apoyos disponibles para la construcción estratégica del caso.
4. En cuanto a la función que le cabe desempeñar a la DPP en la defensa internacional de derechos humanos, si bien se presentó como limitación

inicial el que este organismo pudiera aparecer litigando contra el propio Estado chileno, se concluyó que esta circunstancia no constituye un verdadero obstáculo para dicha defensa.

- 4.1 En primer lugar, porque considerando que Chile no cuenta con una institucionalidad de derechos humanos eficaz, eficiente, coherente e integrada, la agencia que de hecho satisface el acceso a la justicia –esto, es la DPP– debe asumir esta falencia.
 - 4.2 En segundo término, porque fácticamente la DPP ha debido ejercer una función más amplia que la que tradicionalmente se le entiende conferida (ha debido defender a personas que no tienen estrictamente la calidad de imputados).
 - 4.3 Por último, porque la constatación de esta limitación aparente constituye más bien un elemento que gatilla el diseño de estrategias conjuntas de defensa con otros entes públicos y organizaciones de la sociedad civil.
5. De conformidad a la experiencia en litigación internacional de defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche relatada en este debate, la evaluación que puede efectuarse de la estrategia utilizada en los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos es más bien negativa. Asimismo, la valoración que los entes litigantes efectúan del sistema utilizado para dicha protección arroja una serie de deficiencias en el funcionamiento y obtención de los resultados esperados, si bien se reconoce la incidencia política que los procedimientos previstos logran frente a los Estados.
- 5.1 En efecto, en cuanto al sistema universal, se advirtió, por una parte, un déficit en su uso por parte de la sociedad civil, probablemente, debido a la ausencia de una estrategia global, coherente y eficiente de su utilización. Por otra parte, se concluyó que el sistema universal no había sido utilizado para denunciar situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche debido a que el Comité de los Derechos del Niño no cuenta con una instancia que reciba denuncias individuales y a que el Comité de Derechos Humanos carece de la especificidad necesaria. En particular, en cuanto al impacto específico de la utilización de este sistema, existió cierto disenso entre los participantes, en tanto se sostuvo, por una parte, la debilidad de sus efectos vinculantes y directos frente a los Estados; y, por otra, que acudir a los comités presentaba la virtud de conseguir con mayor rapidez una decisión que restablezca la protección del derecho violado.
 - 5.2 En cuanto al sistema interamericano, se afirmó que este ha contribuido comparativamente más al desarrollo dogmático del derecho internacional de los derechos humanos que los órganos pertenecientes al sistema universal. En todo caso, se indicaron como deficiencias del mismo la lentitud de los procedimientos utilizados, y el “criterio de magnitud” aplicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la determinación de la urgencia en el conocimiento de los casos que le son presentados.

6. Existió consenso en cuanto al impacto positivo que la existencia del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño –que crea un sistema de denuncias individuales ante el Comité de los Derechos del Niño– generaría en la protección efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, toda vez que permitiría denunciar directamente su violación, y presionar fuertemente al Estado respectivo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas.
7. Hubo unanimidad respecto a la importancia que reviste el hecho que las autoridades competentes (en este caso el Congreso Nacional) ratifiquen en el menor tiempo posible el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera que permita su pronta entrada en vigencia y así se dote al sistema de una herramienta efectiva para la protección de niños, niñas y adolescentes mapuche.
8. En relación al informe alternativo a presentarse ante el Comité de los Derechos del Niño, se concluyó lo siguiente:
 - 8.1 Los diversos actores de la sociedad civil dedicados a la protección y defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas deben trabajar cohesionada y coordinadamente en la elaboración de una estrategia conjunta para su redacción.
 - 8.2 Entre los elementos que este Informe debe abordar se encuentran: situación económica, social y cultural de los niños, niñas y adolescentes indígenas; valoración del contexto de reivindicación política, jurídica y territorial de los pueblos indígenas en Chile; situación de integridad psíquica y física de los niños, niñas y adolescentes indígenas frente a la violencia policial ejercida sobre sus comunidades; situación de persecución penal de adolescentes indígenas frente a los procesos reivindicativos de los pueblos a que pertenecen; y las recomendaciones efectuadas por la sociedad civil frente a cada uno de los puntos mencionados.
 - 8.3 Para la incidencia efectiva de este Informe resulta indispensable el apoyo de organismos internacionales de derechos humanos y la presencia física de algunos de sus suscriptores en su revisión.
9. Por último, se consideró como desafío la generación de un mayor dinamismo e integralidad en el trabajo de protección jurisdiccional de los distintos participantes del ciclo de debates. En efecto, se señaló que en la elaboración de los informes alternativos de supervisión periódica debiera considerarse la experiencia de protección jurisdiccional de las distintas organizaciones involucradas; y que debiera propenderse a la sistematización de algunas prácticas, con el fin de determinar cuál es la cuestión jurídica discutida en los casos que se han litigado, cuáles han sido los argumentos dogmáticos utilizados, cuál ha sido el razonamiento judicial (formal o material, si se concentra en el respeto al derecho, en la garantía efectiva), y cómo la ausencia de otras normativas más generales –como una Ley de Protección Integral, por ejemplo– afecta o impacta el trabajo de la DPP.

CONCLUSIONES GENERALES

1. Existió consenso en que una de las dificultades más graves que presenta la defensa penal de adolescentes mapuche es la **falta de especialización** en el abordaje de los conflictos que los involucran, es decir, el desconocimiento transversal de toda la institucionalidad interviniente, de elementos relacionados con su cosmovisión, cultura, idioma y tradiciones, entre otros.

En cuanto a los intentos por superar esta dificultad, se destacó el esfuerzo de la DPP por crear instancias de diálogo intercultural a través de mediadores interculturales; la necesidad de invocar la normativa internacional pertinente, especialmente la CDN; y la indispensable implementación de mecanismos de diversa índole para lograr una especialización efectiva, tales como la creación de una asignatura obligatoria sobre derecho indígena en las universidades.

2. En cuanto a las falencias detectadas en los **procedimientos en que participa directamente la DPP**, fueron mencionadas las siguientes: a) la inexistencia de protocolos de procedimientos policiales claros y definidos al efectuar allanamientos en lugares en que se encuentran presentes adolescentes mapuche; b) falta de notificación inmediata de la detención de niños, niñas y adolescentes mapuche, tanto a la DPP como a sus familiares; d) inexistencia de un registro audiovisual de procedimientos policiales respecto de adolescentes mapuche; e) inexistencia de estándares de defensa específicos en relación a adolescentes mapuche y, en especial, respecto de su declaración.
3. En cuanto a la aplicación de la **Ley Antiterrorista**, se concluyó que ésta atenta contra los postulados de la CDN y de la Ley 20.084, y que no es procedente a la luz de la propia historia del establecimiento de esta última ley y de sus modificaciones, ya que ello importaría un aumento desproporcionado de las penas y, en definitiva, una vulneración del carácter excepcional de la privación de libertad en el caso de los adolescentes, del derecho a un trato digno de acuerdo con la edad, de la promoción de la integración social, del bienestar del niño, y de la proporcionalidad de la reacción penal tanto respecto del hecho como de las circunstancias particulares del adolescente.

En cuanto a la Ley Antiterrorista, se destacó, a su vez, que si bien debido a las acciones impulsadas por la DPP, las organizaciones indígenas y la sociedad civil en general, se ha dejado de aplicar judicialmente, a través de la utilización del artículo 416 del Código de Justicia Militar –norma que tipifica el homicidio de carabinero en servicio– se puede llegar a condenar igualmente a menores de edad, lo cual encierra un peligro similar a la aplicación de la mencionada ley.

4. Existió consenso en que no existe un procedimiento para dar eficacia al **derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído**, ni la debida internalización en los actores del sistema de justicia acerca de la importancia de este derecho. En todo caso, expositores y participantes destacaron dos casos excepcionales en que se han llevado a cabo dichas audiencias de escucha, a instancias de la DPP, e invocando la normativa internacional pertinente, en especial, la CDN y el Convenio 169.

En cuanto a la superación de este último obstáculo, se destacó que la aplicación del derecho del niño, niña y adolescente mapuche a ser oído debe ir más allá de comportamientos y mecanismos puramente formales, y que debe profundizarse la formación interdisciplinaria de los jueces a través de la Academia Judicial.

5. En lo relativo al punto anterior, se recalcó la utilidad que implicaría la existencia de mecanismos de coordinación entre las instituciones involucradas en el sistema de justicia para hacer frente a situaciones en que deba reforzarse el legítimo ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes mapuche, sobre todo cuando éstos están inmersos en el contexto de procedimientos judiciales de carácter penal. Bajo este entendido, y a modo de ejemplo, dichas instancias de coordinación deberían procurar que tanto la persecución como la defensa de estos adolescentes mapuche se realice bajo los parámetros de tal condición, procurando el respeto de las normas nacionales e internacionales que rigen la materia.
6. En cuanto a los **mecanismos constitucionales** de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, se concluyó que el recurso de amparo y especialmente el recurso de protección, son los medios más expeditos y sencillos para acceder a los tribunales de justicia a fin de restablecer el imperio del derecho. Sin embargo, se subrayó también que si bien estos mecanismos son idóneos para denunciar vulneraciones de derechos, pueden resultar insuficientes para la consecución de una tutela efectiva de los mismos. Entre las causas de esta afirmación se encuentra la falta de especialización del aparato jurisdiccional; deficiencia esta última que queda de manifiesto, entre otros elementos, en la escasa aplicación y débil interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales pertinentes a los conflictos que le son allegados.
7. Existió consenso en cuanto a la **excesiva y permanente violación de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche** en la región. En este sentido, se identificaron los siguientes elementos de análisis.
 - a. En primer lugar, se denunció la ausencia de mecanismos específicos que garanticen el cumplimiento de mandatos contenidos en resoluciones judiciales tendientes a hacer cesar detenciones arbitrarias, violencia desmedida contra personas mapuche, e interrogatorios ilegales de menores de edad mapuche. En efecto, los participantes manifestaron unánimemente que si bien la Corte Suprema ha declarado ilegítimas actuaciones como las señaladas, ha indicado también que no está en su mérito dirigir directrices particulares sobre los procedimientos de las instituciones que incurrir en dichos excesos, cuestión que intensifica la situación de indefensión.
 - b. En segundo lugar, se detectaron falencias en la persecución y castigo de los responsables de estas violaciones. Así, se concluyó que la justicia militar –principal medio para identificar y sancionar a dichas personas en la actualidad– es insuficiente, pues no actúa siempre con la debida celeridad, provocando, en suma, denegación de justicia.
 - c. En tercer lugar, se constataron serias deficiencias en la utilización de prácticas con enfoque de derechos y culturalmente pertinentes en las diligencias policiales. En especial, con respecto a Carabineros de Chile, pudo concluirse que si bien, al menos formalmente, se estarían

generando esfuerzos al respecto, lo cierto es que en la actualidad diversos procedimientos de esta institución en la región no evidencian real respeto a los derechos fundamentales ni la existencia de protocolos formalmente establecidos para ello.

- d. Por último, en cuanto a estos protocolos de actuación de las policías, se insistió firmemente en la urgencia de su implementación formal y real. Ello, en cuanto su existencia facilitaría la consecución de los recursos constitucionales de protección de derechos, toda vez que, invocando la normativa que regula esas actuaciones, las cortes podrían compeler a la institución en cuestión a cesar en conductas violatorias y prevenirlas en el futuro.
8. En lo que respecta a los mecanismos de prevención, detección y tratamiento de hechos de violencia contra niños, niñas y adolescentes mapuche, se insistió en la importancia de generar instancias que permitan que las instituciones del sistema de justicia actúen coordinadas con el fin de adoptar medidas tendientes a la protección efectiva de quienes sean víctimas de acciones que atenten contra su integridad personal. Algunas de estas medidas podría ser la creación de un mecanismo formal de información oportuna entre las distintas instituciones, de manera de adoptar medidas rápidas y eficientes ante dichos actos.
9. En cuanto a los **estándares internacionales** y su repercusión en la interposición y conocimiento de acciones constitucionales, existió consenso en otorgar a instrumentos tales como el Convenio 169 y la Convención sobre los Derechos del Niño, gran importancia e impacto específico frente a las situaciones de violencia sufridas por niños, niñas y adolescentes mapuche. Ello, en cuanto los estándares a que dan lugar estas y otras normativas internacionales, permiten fundar adecuadamente las acciones constitucionales impetradas para el restablecimiento de derechos violados en dichas situaciones y, a mayor abundamiento, su aplicación evolutiva por parte de los actores del sistema de justicia permite adecuarse a las necesidades sociales actuales, tal como sucede con el conflicto mapuche. En este sentido, se concluyó también que el cumplimiento de dichos estándares por los órganos públicos incide en la responsabilidad internacional del Estado chileno y en su consecuente credibilidad en el concierto internacional.
10. Existió consenso en relación a que la promulgación de una **Ley de Protección Integral de la infancia y de la adolescencia** contribuiría significativamente a la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, dado que la cultura jurídica positivista, monolítica e institucionalista imperante en Chile es renuente a aplicar normativa que no se haya incorporado expresamente al ordenamiento interno. A similar conclusión pudo arribarse respecto de la implementación de un **Defensor de los Derechos del Niño**, en cuanto se la calificó como una figura indispensable para lograr una tutela efectiva de derechos y, en especial, para velar por la vigencia de los derechos del niño en procedimientos judiciales.
11. Hubo acuerdo en cuanto a que, en general, tanto el sistema universal como regional de derechos humanos proveen de **mecanismos aptos para la defensa internacional de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche**. En este sentido, se concluyó que la determinación del sistema ante el cual litigar y la

herramienta específica a utilizar para la defensa de tales derechos dependerá de los mandatos constitutivos, restricciones institucionales, y objetivos a mediano y a largo plazo de cada ente litigante. Asimismo, la determinación del sistema ante el cual litigar y la herramienta específica a utilizar para la defensa de tales derechos dependerá de la valoración estratégica de elementos de distinta índole; a saber: el carácter del impacto que desea obtenerse con la litigación (político o jurídico), la existencia de jurisprudencia previa emanada de órganos internacionales, los recursos disponibles, la urgencia del cese de la violación del derecho, la relación existente entre el Estado y el organismo internacional, y los apoyos disponibles para la construcción estratégica del caso.

12. En cuanto a la función que le cabe desempeñar a la **DPP en la defensa internacional de derechos humanos**, si bien se presentó como limitación inicial el que este organismo pudiera aparecer litigando contra el propio Estado chileno, se concluyó que esta circunstancia no constituye un verdadero obstáculo para dicha defensa.
 - a. En primer lugar, porque considerando que Chile no cuenta con una institucionalidad de derechos humanos eficaz, eficiente, coherente e integrada, la agencia que de hecho satisface el acceso a la justicia –esto, es la DPP– debe asumir esta falencia.
 - b. En segundo término, porque fácticamente la DPP ha debido ejercer una función más amplia que la que tradicionalmente se le entiende conferida (ha debido defender a personas que no tienen estrictamente la calidad de imputados).
 - c. Por último, porque la constatación de esta limitación aparente constituye más bien un elemento que gatilla el diseño de estrategias conjuntas de defensa con otros entes públicos y organizaciones de la sociedad civil.
13. De conformidad a la experiencia en litigación internacional de defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche relatada en este debate, la evaluación que puede efectuarse de la **estrategia utilizada tanto en el sistema universal como regional interamericano de protección de derechos humanos** es más bien negativa. Asimismo, la valoración que los entes litigantes efectúan del sistema utilizado para dicha protección arroja una serie de deficiencias en el funcionamiento y obtención de los resultados esperados, si bien se reconoce la incidencia política que los procedimientos previstos logran frente a los Estados.
 - a. En efecto, en relación al sistema universal se advirtió, por un lado, un déficit en su uso por parte de la sociedad civil, probablemente debido a la ausencia de una estrategia global, coherente y eficiente de su utilización. Por otro lado, se concluyó que el sistema universal no había sido utilizado para denunciar situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche debido a que el Comité de los Derechos del Niño no cuenta con una instancia que reciba denuncias individuales y a que el Comité de Derechos Humanos carece de la especificidad necesaria. En particular, en cuanto al impacto específico de la utilización de este sistema, existió cierto disenso entre los participantes: por una parte, se hizo hincapié en la debilidad de sus efectos vinculantes y directos frente a los Estados; y, por otra, se sostuvo que acudir a los comités presentaba la virtud de conseguir con mayor rapidez una decisión que restablezca la

- protección del derecho violado.
- b. En cuanto al sistema interamericano, se afirmó que éste ha contribuido comparativamente más al desarrollo dogmático del derecho internacional de los derechos humanos que los órganos pertenecientes al sistema universal. En todo caso, se indicaron como deficiencias del sistema interamericano la lentitud de los procedimientos utilizados y el “criterio de magnitud” aplicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la determinación de la urgencia en el conocimiento de los casos que le son presentados.
14. Existió consenso en cuanto al impacto positivo que la existencia del **Tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño** –que crea un sistema de denuncias individuales ante el Comité de los Derechos del Niño– generaría en la protección efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche, toda vez que permitiría denunciar directamente su violación, y presionar fuertemente al Estado respectivo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas.
 15. Hubo unanimidad respecto a la importancia que reviste el hecho que las autoridades competentes (en este caso el Congreso Nacional) ratifiquen en el menor tiempo posible el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera que permita su pronta entrada en vigencia y así dotar al sistema de una herramienta efectiva para la protección de niños, niñas y adolescentes mapuche.
 16. En relación al **informe alternativo** a presentarse ante el Comité de los Derechos del Niño, se concluyó lo siguiente:
 - a. Los diversos actores de la sociedad civil dedicados a la protección y defensa de derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas deben trabajar cohesionada y coordinadamente en la elaboración de una estrategia conjunta para su redacción.
 - b. Entre los elementos que este informe debe abordar se encuentran: situación económica, social y cultural de los niños, niñas y adolescentes indígenas; valoración del contexto de reivindicación política, jurídica y territorial de los pueblos indígenas en Chile; situación de integridad psíquica y física de los niños, niñas y adolescentes indígenas frente a la violencia policial ejercida sobre sus comunidades; situación de persecución penal de adolescentes indígenas frente a los procesos reivindicativos de los pueblos a que pertenecen; y las recomendaciones efectuadas por la sociedad civil frente a cada uno de los puntos mencionados.
 - c. Para la incidencia efectiva de este informe resulta indispensable el apoyo de organismos internacionales de derechos humanos y la presencia física de algunos de sus suscriptores en su revisión.
 17. Por último, se consideró como desafío la generación de un **mayor dinamismo e integralidad en el trabajo de protección jurisdiccional** de los distintos participantes del ciclo de debates. En efecto, se señaló que en la elaboración de los informes alternativos de supervisión periódica debiera considerarse la experiencia de protección jurisdiccional de las distintas organizaciones involucradas; y que debiera propenderse a la sistematización de algunas prácticas, con el fin de determinar cuál es la cuestión jurídica discutida en los casos que se han litigado, cuáles han sido los argumentos dogmáticos

utilizados, cuál ha sido el razonamiento judicial (formal o material, si se concentra en el respeto al derecho, en la garantía efectiva), y cómo la ausencia de otras normativas más generales –como una Ley de Protección Integral, por ejemplo– afecta o impacta el trabajo de la DPP.

ANEXO 1. PARTICIPANTES

1. Acuña, Luis - Defensoría Penal Pública
2. Barría, María José - Universidad Católica de Temuco
3. Benedetti, Carla - Universidad Católica de Temuco
4. Carrasco, Monserrat - Universidad Católica de Temuco
5. Cayuqueo, Tayül - Escuela Intercultural Amul Kewün de Imperial
6. Conteras, Carolina - Centro de Investigación y Defensa Sur (CIDSUR)
7. Curihuinca, Elsy - Instituto Estudios Indígenas Universidad de la Frontera
8. Darwitg, Mario - Universidad Católica de Temuco
9. Delgado, Ignacio - Defensoría Penal Pública
10. Espejo, Nicolás - UNICEF-Chile
11. Garcés, Magdalena - Instituto Nacional de Derechos Humanos
12. Gauché, Ximena - Programa Interdisciplinario de Infancia y Adolescencia, Universidad de Concepción
13. Haro, Sandra - Defensoría Penal Pública
14. Herrera, María - Secretaría Regional Ministerial de Justicia de La Araucanía
15. Hormazábal, Mahuida - Trabajadora Social
16. Katz, Bárbara - Defensoría Penal Pública
17. Mejías, Víctor - Universidad Católica de Temuco
18. Mella, Eduardo - Centro de Investigación y Defensa Sur (CIDSUR)
19. Minder, Edgard - Universidad Católica de Temuco
20. Mulato, Iván - Fundación Instituto Indígena
21. Ortega, Daniela - Instituto Nacional de Derechos Humanos
22. Palayret, Gallianne - Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)
23. Pizarro, Marcelo - Defensoría Penal Pública
24. Quesille, Anuar - UNICEF-Chile
25. Rabanal, Marco, abogado colaborador del Instituto Nacional de Derechos Humanos
26. Ramírez, Richard - Universidad Católica de Temuco
27. Riquelme, Francisco - Fundación Instituto Indígena
28. Riquelme, Karina - Centro de Investigación y Defensa Sur (CIDSUR)
29. Romero, Carol - Universidad Católica de Temuco
30. Rosende, Javiera - Universidad Católica de Temuco
31. Salamanca, María del Rosario - Defensoría Penal Pública
32. Saavedra, Sebastián - Centro de Investigación y Defensa Sur (CIDSUR)
33. Seguel, Jeanette - Universidad Católica de Temuco
34. Silva, Hernando - Observatorio Ciudadano
35. Spuler, Katherine - Universidad Católica de Temuco
36. Valenzuela, Claudia - Universidad Católica de Temuco
37. Vera, Francisca - Fundación de Apoyo a la Niñez y sus Derechos (ANIDE)
38. Viveros, Felipe - Fundación de Apoyo a la Niñez y sus Derechos (ANIDE)

ANEXO 2. SENTENCIAS RELEVANTES⁴¹

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, de 5 de julio de 2012

Foja:163

Ciento Sesenta y Tres

C.A. de Temuco

Temuco, cinco de julio de dos mil doce.

Vistos

A fojas 26 comparece don Jaime López Allendes; Abogado de la Defensoría Penal Pública Mapuche, domiciliado en calle Arturo Prat n° 087 de la ciudad de Temuco, en representación de los comuneros mapuche: Venancio Antonio Montoya Cheuque, anciano de 78 años; Segundo Montoya Levinao, 30 años; G_Y_A, 17 años; A_Y_B, 15 años; A_Y_C, 10 años; Erick Montoya Montoya, 20 años; Teresa Montoya Levinao, 33 años.- pertenecientes al lof Wente Winkul Mapu, domiciliado en comunidad mapuche tradicional Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla, interponiendo acción constitucional de amparo a favor de los recurrentes, ya individualizados, acción que se dirige en contra de Carabineros de Chile, Prefectura de Malleco, respecto de los hechos acaecidos en la Comunidad antes señalada y que, constituyen amenaza a libertad personal y seguridad individual de los amparados y de la comunidad mapuche en su conjunto. La presente Acción de Amparo se funda en los antecedentes de hecho y derecho:

Sostiene que con fecha 7 de junio de 2012, al interior del lof Wente Winkul Mapu, de la comuna de Ercilla, en horas de la mañana se pudo observar un contingente de más de 100 efectivos de Carabineros. En tales circunstancias, mientras se realizaba el ingreso y la ocupación del lof mapu por fuerzas policiales, fueron heridos siete comuneros mapuche: Venancio Antonio Montoya Cheuque, anciano de 78 años; Segundo Montoya Levinao, 30 años; G_Y_A, 17 años; A_Y_B, 15 años; A_Y_C, 10 años; Erick Montoya Montoya, 20 años; Teresa Montoya Levinao, 33 años.-

En efecto, Don Venancio Montoya, integrante de la Comunidad amparada, de 78 años de edad, se encontraba en la cocina de su residencia, al interior de la Comunidad, cuando observa que un funcionario de Carabineros estaba en la entrada de la puerta de su residencia. Al acercarse a la puerta, dicho funcionario, del cual se ignora todo tipo de antecedente que permita su individualización, le comienza a disparar en varias oportunidades, lesionándolo en su pierna derecha. Por ello, es que el amparado fue llevado al Hospital de la ciudad de Collipulli, a fin de proceder al tratamiento de sus lesiones.

Respecto al comunero, A_Y_B adolescente de 15 años de edad, éste fue alcanzado por un disparo de carabineros efectuado por la espalda, misma situación sucedió con G_Y_A 17 años quien fue herido en diversas partes de su cuerpo y lo más delicado es que tiene una herida en el cuello. En efecto, el amparado tiene 3 perdigones en su pierna izquierda y 3 en sus costillas, estos disparos fueron propinados por Carabineros cuando iban pasando por la casa de su abuelo Venancio Montoya.

En el caso de A_Y_C niño de 10 años un carabinero lo botó al suelo, pisoteándole la mano derecha sin motivo alguno e incluso habría sido amenazado por aquel, de muerte. Respecto de Eric Montoya, fue perseguido por carabineros, le dispararon por la espalda y de frente, ya que otro contingente de carabineros ingresó por detrás de las

41 Los textos que se presentan en este anexo son copia fiel de las sentencias dictadas por los tribunales correspondientes; sin embargo, por política institucional, UNICEF ha resguardado la identidad de los niños y niñas involucrados en ellas.

casas, producto de esos disparos, tiene una herida en el cuello. A este comunero no solo le dispararon, sino que en el momento de su detención fue golpeado y maltratado violentamente por los carabineros, y una vez subido al vehículo policial continuaron golpeándolo. Respecto de este comunero se constataron las siguientes lesiones: presenta una herida penetrante en el cuello y una herida en el abdomen producto de balines. Además presenta una lesión notoria en la mandíbula, al lado izquierdo de la cara, producto de una patada propinado por la policía, según dio cuenta en el control de detención y que motivó a pedido del Abogado Defensor que el Juez ordenara una nueva constatación de lesiones, encontrándose actualmente en el centro asistencial de Los Ángeles para determinar el tipo de lesión en la mandíbula.

Todo lo anterior consta en el informe realizado en terreno, practicado por el Facilitador Intercultural de la Defensoría Penal Mapuche, Sr. Horacio Cheuquelaf.

Agrega que si bien existen facultades de la policía previstas en la Ley, las que tienen por objeto resguardar el Orden y la Seguridad Pública, lo cierto es que aquellas deben siempre ser cumplidas dentro del marco de la legalidad y en ausencia de arbitrariedad. Así, desde el momento en el que un Órgano Público actúa fuera del marco de sus atribuciones, per se, atenta contra la Carta Fundamental, específicamente violenta los arts. 6 y 7 de la misma. Mas, cuando ese actuar fuera del marco legal y constitucional lesiona y pone en peligro bienes jurídicos personalísimos e individuales como es lo sucedido respecto de los amparados, la infracción es mucho más grave, desde que afecta directamente a las personas, que en este caso no solo son miembros de la sociedad sino que además se trata de personas integrantes de un Pueblo Indígena, es decir, se trata de personas que el propio Corpus Iuris Internacional ha reconocido como vulnerables (a modo de ejemplo, las 100 Reglas de Brasilia), por lo que el derecho internacional se ha visto en la necesidad de reforzar sus derechos colectivos, cuya forma de ejercerlos lo es también en forma individual, tal como se ha hecho en el Convenio 169 de la OIT y en otros instrumentos internacionales integrantes del ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos humanos. Así, no puede confundirse el ejercicio de un poder-deber de Carabineros, intentando validar su legitimidad a la luz de la legalidad, con aquellas actuaciones, dentro de las cuales se encuentra la que se denuncia en el caso de marras, que pasan a constituir un estado de permanente hostigamiento e ingreso de efectivos armados a la comunidad, de una forma tal que se aparta de la forma de actuar de Carabineros en el resto de país, tanto por la frecuencia, como por los medios empleados.

Ha llegado a tal punto la intervención policial en la comunidad, que las personas que allí residen tienen el temor fundado que en cualquier momento Carabineros ingrese al espacio geográfico de la Comunidad, lo ocupe y prive a sus miembros de la libertad de desplazamiento, así como ser objeto tanto de allanamientos en sus viviendas, como de privaciones de libertad, agresiones directas que conllevan lesiones de diversa gravedad y que reciben muy poca o ninguna atención médica. En este caso específico, la actuación del amparado no solo afectó bienes jurídicos tales como la integridad física o psíquica, sino que también la libertad personal y la seguridad individual, desde que la acción desplegada por el recurrido impidió que los recurrentes pudieran circular libremente por su propiedad (Comunidad), porque la forma de ingreso, la violencia del mismo, no les permitía ejercer este derecho (circular en la misma Comunidad o salir de sus casas), a tal punto que Carabineros ingresó sin autorización a sus domicilios y, en algunos casos, les causó lesiones al interior de ellos. Lo anterior, es sin perjuicio de lo que se pasará a explicar más adelante respecto a la lesión de la libertad personal y seguridad individual.

Continúa señalando que los hechos antes relatados se aprecia la existencia de una perturbación y amenaza a la libertad personal y seguridad individual de las personas amparadas mediante la presente acción, derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que no sólo se encuentran reconocidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, sino también en los principales Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 3 y 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7.1) entre otros, que de acuerdo al artículo inciso 2° del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental se incorporan a la esfera de nuestro ordenamiento jurídico como normas supra constitucionales, ampliando de esta forma el ámbito de protección de citados derechos.

Termina solicitando tener por interpuesto el presente recurso de amparo a favor de siete comuneros mapuche: Venancio Antonio Montoya Cheuque, anciano de 78 años; Segundo Montoya Levinao, 30 años; G_Y_A, 17 años; A_Y_B, 15 años; A_Y_C, 10 años; Erick Montoya Montoya, 20 años; Teresa Montoya Levinao, 33 años.- del lof Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla, acogerlo a tramitación y en definitiva, se acoja ordenando que se garantice la libertad personal y la seguridad individual de las personas en cuyo favor recurrimos y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho, en especial se declare que el actuar del recurrido en las fechas mencionadas en el cuerpo de esta acción lo han sido fuera del marco legal, excediendo sus atribuciones y con afectación de las garantías consagradas en el art. 19 n° 7 de la Carta Fundamental; asimismo se ordene a Carabineros, Prefectura Malleco que en lo sucesivo, su actuar se ajuste al ordenamiento jurídico, con la debida racionalidad y proporcionalidad, resguardando siempre el interés superior de los niños indígenas que integran la Comunidad.

A fojas 64, se hizo parte el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

A fojas 68 rola informe de la recurrida, en cual se señala que fue notificado para dar cumplimiento a las Órdenes de Detención N°s 1210206000218-8 y 1210206000219-6, ambas de fecha 05 de Junio de 2012, emanadas del Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, en las cuales se decreta la detención de Eric Maximiliano Montoya Montoya y Héctor Ricardo Nahuelqueo Nahuelqueo, la cual incide en causa RIT N° 909-2011, por los delitos de Homicidio Frustrado Reiterado en contra de Carabineros en Acto de Servicio, Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, usurpación Violenta y Daños Calificados.

Es así que el día 07 de Junio de 2012, a eso de las 07:30 y previa planificación de los servicios policiales, un equipo a cargo de un Oficial Jefe, concurrió a la Comunidad San Ramón para efectos de dar cumplimiento a la orden de detención en contra de Héctor Ricardo Nahuelqueo Nahuelqueo, lo que no fue posible concretar atendido que no fue habido en el domicilio, debiendo hacer presente que dicha diligencia fue practicada sin oposición de los residentes de aquel lugar. Sin embargo, con posterioridad, y a eso de las 10:45 horas, el requerido Héctor Nahuelqueo Nahuelqueo fue detenido en la Parcela N° 11, sector Alto de Chancagua, específicamente en el interior de una faena forestal.

Paralelamente otro equipo policial, a cargo del Teniente Coronel Sr. Jaime Peralta Delgado, procedía a dar cumplimiento al mandato judicial, en el domicilio en que presumiblemente se encontraría Eric Maximiliano Montoya Montoya, ubicado en la Comunidad Chequenco, diligencia en contra de la cual se opuso una tenaz resistencia por parte de residentes del inmueble, así como también por parte de otros comuneros que viven en las inmediaciones, los cuales comenzaron a lanzar en contra del personal

de Carabineros en primera instancia piedras e inclusive botellas, para acto seguido utilizar palos, fierros y hachas.

Una vez que personal policial logró ingresar a la casa habitación, se pudo percatar que en el interior se encontraba oculto y armado con un hacha Eric Maximiliano Montoya Montoya, de modo que al intentar detenerlo comenzó a lanzar reiterados golpes con dicho elemento en contra del Cabo 2° Cristian Fabián Farías Farías, no logrando impactarlo con el metal del hacha, pero si con su astil de madera, provocándole en definitiva lesiones en su dedo anular de la mano derecha, instante en que el requerido se dio a la fuga por la parte posterior de la casa habitación, y en los momentos que huía y al verse cercado por personal de Carabineros intentó abalanzarse sobre estos utilizando para ello el "hecha" que portaba, por lo cual y ante el evidente peligro que representaba esta situación fue necesario que personal policial utilizara la escopeta antidisturbios que dispara balines de goma, logrando en definitiva ser reducido.

Dentro de la dinámica en la cual se llevaba a cabo la detención de Eric Montoya Montoya, como se señaló en el numeral anterior, un grupo de comuneros, y que coincidentemente corresponden a los recurrentes de autos, adoptaron una actitud violenta en contra del personal de Carabineros, abalanzándose en contra de estos para tratar de agredirlos no solo con palos de gran dimensión, los cuales incluso se encontraban encendidos con fuego, sino que también mediante la utilización de hachas, agresiones que en algunos casos se concretaron y producto de las cuales resultaron lesionados 04 efectivos de Carabineros, así como también bienes de cargo fiscal.

Todos estos hechos se encuentran registrados en formato de video e imagen, acompañados en un CD mediante sobre cerrado, y que dan cuenta de la constante tensión y agresiones de que fue parte el personal interviniente en el procedimiento, lo que en definitiva obligó a que se utilizara en forma racional la escopeta antidisturbios que dispara balines de gomas, todo ello con el único fin de evitar las agresiones de las cuales ya se encontraban siendo víctimas los Carabineros.

Se hace presente que Segundo Venancio Montoya Levinao, uno de los recurrentes de autos, participó de manera activa en las agresiones de que fue víctima Carabineros, conforme quedó registrado en el video e imágenes acompañadas, motivo por el cual fue detenido por Maltrato de Obra a Carabineros de Servicio con resultado de lesiones, según da cuenta Parte Policial N° 504, de fecha 07.06.2012, de la 2da Comisaría de Carabineros Collipulli, pasando a Control de Detención y siendo requerido en Procedimiento Simplificado.

Respecto de Héctor Nahuelqueo Nahuelqueo y Eric Maximiliano Montoya Montoya, se hace presente a esa I. Corte que ambos fueron formalizados por los delitos de Homicidio Frustrado Reiterado en contra de Carabineros en Acto de Servicio, Porte Ilegal de Arma de Fuego, Usurpación Violenta y Daños Calificados, disponiéndose en contra de ambos la medida cautelar de prisión preventiva.

Se hace presente que luego de practicadas las detenciones y llevada a cabo la audiencia de Control de Detención y Formalización de la Investigación, se han licitados varios hechos de violencia, entre los que se pueden mencionar, el ocurrido el mismo día 07.06.2012 en horas de la tarde, en el cual un grupo de desconocidos previamente concertados para el efecto procedieron a realizar un atentado incendiario a 03 camiones que se encontraban en el interior del Frigorífico "Huertos de Collipulli", hecho respecto del cual se dio cuenta mediante el Parte Denuncia N° 285 de fecha 07.06.2012, de la Tenencia de Ercilla.

Con posterioridad el día 08.06.2012, a eso de las 19:20 horas, mientras el personal de Carabineros realizaba los respectivos relevos en las Medidas de Protección del

sector, el vehículo Z-4919 fue atacado por un grupo de 08 a 09 encapuchados, quienes efectuaron diversos disparos con armas de fuego largas, resultando el vehículo fiscal con diversos impactos de perdigones, sin que resultara personal policial lesionado, hecho que se dio cuenta mediante el Parte Denuncia N° 287, de fecha 08.09.2012, por el delito de Homicidio Frustrado a Carabineros y Daños. Un hecho de similar naturaleza y en el cual se vio involucrado el mismo vehículo fiscal Z-4919, ocurrió el día 10.06.2012, dándose cuenta mediante el Parte Denuncia N° 291, de esa misma fecha.

Luego el día 10.06.2012, se dio cuenta mediante el Parte Denuncia N° 51, que la casa patronal del Fundo Santa Catalina, en horas de la noche fue incendiada, encontrándose en aquel lugar un lienzo que señalaba "fuera la Forestal Mininco libertad al pueblo mapuche".

El mismo día 10.06.2012, se dio cuenta mediante el Parte Denuncia N° 292, que mientras personal de Carabineros se desplazaba hacia el predio de don José Lican Montoya, que cuenta con Medida de Protección, el camino público se encontraba bloqueado por lo cual fue necesario que personal de servicio descendiera del vehículo en el cual transitaba, instantes en los cuales fueron atacados por individuos desconocidos, quienes realizaron un sin número de disparos con armas de fuego largas y cortas, producto de lo cual resultó lesionado el Suboficial Juan Molina Seguel, quien presentó impacto de perdigón en la región dorsal, de carácter leve.

Con motivo de la diligencia practicada este día, y producto de las agresiones de que fue víctima el personal de Carabineros, conforme a la acción desplegada por los recurrentes, de acuerdo a lo que se observa en el video y fotografías que se acompañan en este informe, resultaron lesionados el CAPITÁN SR. LEONARDO OSSES SANDOVAL, de dotación de la Sipolcar Malleco, quien resultó con "herida cortante superficial pulgar derecho aproximado un centímetro", de carácter leve; el SARGENTO 2° CRISTIAN FELIPE ARELLANO FARIÑA, de dotación de la Subcomisaría de Fuerzas Especiales, quien resultó con "contusión antebrazo izquierdo por elemento", de carácter leve; el CABO 2° CRISTINA FABIAN FARIAS FARIAS, de dotación del GOPE Cautín, quien resultó con "contusión cuarto dedo mano derecha", de carácter leve; y el CABO 1° MIGUEL EDUARDO LAGOS MELLADO, de dotación del Departamento de Operaciones Especiales Santiago, quien resultó con "contusión cráneo en observación".

A fs. 93 comparece don LUIS CHAMORRO DÍAZ, abogado, Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía Local de Collipulli, informando lo siguiente:

- a.- Que, con fecha 05 de Junio de 2012, el suscrito, solicitó por escrito al Juez Titular de Letras y Garantía de la ciudad de Collipulli, órdenes de detención, registro e incautación en contra de don Eric Maximiliano Montoya Montoya y de don Héctor Ricardo Nahuelqueo Nahuelqueo, por su responsabilidad como coautores del delito de Homicidio Frustrado a Carabineros en acto de servicio, homicidio frustrado simple en perjuicio de don Juan de Dios Fuentes Rojas y su familia, usurpación violenta y daños calificados; hechos acaecidos el día 02 de Octubre de 2011 e investigados en causa RUC 1101009478-1, RIT 909-2011 Y en la cual además ya se encuentra formalizado y en prisión preventiva el coimputado Rodrigo Álex Montoya Melinao; previa exhibición al Sr. Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli de todos los antecedentes de la investigación que justificaban la solicitud antes aludida.
- b.- Con esa misma fecha y ante los antecedentes aportados, el Sr. Magistrado ya aludido, concedió las órdenes solicitadas, las que fueron ejecutadas el día jueves 07 de Junio de 2012.
- c.- Que, en el domicilio de don Eric Maximiliano Montoya Montoya, ubicado en la

comunidad Chequenco de Ercilla, la acción de Carabineros fue fuertemente resistida por dicho imputado y miembros de su grupo familiar, quienes agredieron al personal policial con hachas, palos y leños encendidos a objeto de evitar se cumpliera la orden judicial de detención, entrada, registro e incautación; ante lo cual personal de Carabineros hizo uso de su arsenal antidisturbios (escopetas con balines de goma y gases lacrimógenos); incidentes en que resultaron lesionados cuatro Carabineros y varios comuneros que participaban directamente en la agresión a los mismos.

d.-Fruto de lo anterior, en ese lugar fue detenido don Segundo Benancio Montoya Levinao como coautor del delito de agresión de obra a Carabineros con resultado de lesiones leves, el cual fue conducido a los Hospitales de Collipulli y Angol para constatar sus lesiones y efectuar curaciones y luego al Tribunal de Letras y Garantía de Collipulli donde fue requerido por la figura penal ya aludida en causa RUC 1200578378-8, RIT 523-2012; quedando en libertad y citado para la audiencia del día 11 de Julio de 2012.

e.-Debe hacerse presente que en la referida audiencia el Sr. Abogado defensor del imputado alegó la ilegalidad de la detención, incidente que fue rechazado por el Tribunal, remitiéndose en todo caso los antecedentes a la Fiscalía Militar Letrada de Malleco a fin de que investigara la denuncia de malos tratos y lesiones realizada por el imputado. Posteriormente en horas de la tarde del día 07 de Junio de 2012, en dependencias del Hospital de Angol, se llevó a cabo la audiencia de control de detención, formalización y solicitud de cautelares respecto de los imputados don Eric Maximiliano Montoya Montoya y don Héctor Ricardo Nahuelqueo Nahuelqueo; a quienes se formalizó en común por los delitos de Homicidio Frustrado a Carabineros en acto de servicio, homicidio frustrado simple en perjuicio de don Juan de Dios Fuentes Rojas y su familia, usurpación violenta y daños calificados; formalizándose además al Sr. Montoya Montoya por el delito de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego Prohibida, descubierto el día 02 de Abril de 2012; acogiéndose la solicitud de prisión preventiva planteada por el Fiscal del Ministerio Público y los querellantes; resolución que fue confirmada por resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 15 de Junio de 2012. Debe hacerse presente que en la referida audiencia el Sr. Abogado defensor del imputado Eric Montoya Montoya también alegó la ilegalidad de la detención, incidente que fue rechazado por el Tribunal, remitiéndose en todo caso los antecedentes a la Fiscalía Militar Letrada de Malleco a fin de que investigara la denuncia de malos tratos y lesiones realizada por el imputado.

A fs. 157 se traen los autos en relación

CONSIDERANDO:

1.-Que el recurso de amparo constituye jurídicamente una acción cautelar, de índole constitucional, cuyo contenido específico es el requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes; frente a amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad, y frente a privaciones, perturbaciones o amenazas a la seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de tales atentados

2.-Que, en un estado de derecho democrático, la policía es el único organismo público que se encuentra facultado, en circunstancias excepcionales, para requerir coactivamente de los ciudadanos una determinada conducta, mediante la aplicación inmediata, si fuere necesario, de un amplio rango de fuerza que se extiende desde la mera presencia -con la presión psicológica que ésta implica hasta la fuerza física propiamente tal, en sus diversos grados, cuya cúspide se encuentra representada por la fuerza letal (Investigación Aplicada. Uso de la Fuerza. Fernando Martínez Mercado Proyecto: Generación de Red de investigadores y profesionales vinculados con

materias policiales y de derechos humanos en México. Universidad de Chile Instituto de Asuntos Públicos CESC)

3.- Que, la cuestión debatida, dice relación con el supuesto exceso cometido por las fuerzas policiales en el proceso de cumplimiento del jueves 07 de Junio de 2012, de la orden de detención, registro e incautación en el domicilio de don Eric Maximiliano Montoya Montoya ubicado en la comunidad Chequenco de Ercilla emitidas en los autos RUC 1101009478-1, RIT 909-2011.

4.- Con el fin de esclarecer los hechos además de la prueba fotográfica acompañada por la parte y los informes emitidos por las entidades de salud en relación a las lesiones sufridas por comuneros y carabineros se procedió a revisar el video acompañado a estos antecedentes por Carabineros y que da cuenta de gran parte del procedimiento y el audio de la declaración del menor A.J.M.CH. Que de la revisión del video se aprecia que llegado a Carabineros al domicilio, ingresan sin mayor problema al recinto de este, traspasando el portón de acceso al terreno previo de la casa, para acto seguido ser violentamente expulsados por un grupo de residentes entre los que se aprecia una mujer, adultos y al menos un menor, los que van armados con palos de gran dimensión, algunos encendidos con fuego, y en particular un adulto que empleaba un hacha, y que se movía profundamente alterado amenazando con ella al personal de Carabinero que se acercaba al portón, obstruyendo de esta manera al personal policial el acceso al recinto y cumplir con ello la orden judicial. Se observa asimismo que en un momento se da la orden de disparar hacia las piernas de los residentes, se escuchan los disparos de balines de goma, y se aprecia el ingreso de carabineros al recinto, acto seguido de la cámara que enfoca hacia el piso, no siendo claras las imágenes posteriores. Se aprecia momentos después de enfoques de comuneros con sus lesiones. También hay un set de fotos con fotos de comuneros y de material de carabineros dañado.

5.- Que, los principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, indican que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. Adicionalmente la doctrina indica, entre otras condiciones, que en primer lugar debe recurrirse a medios no violentos, que se utilizará la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario, que el uso de la fuerza será siempre proporcional a los objetivos lícitos, que la fuerza se utilizará siempre con moderación, buscando reducir al mínimo los daños y las lesiones, y que la policía cuente con armas letales y no letales, en términos que pueda disponer de las herramientas idóneas para optar por alternativas menos letales en el uso de la fuerza.

6.- Que de los antecedentes que obran en el proceso se ha podido apreciar que los comuneros en cuyo favor se recurre, en forma violenta, se opusieron al accionar de la policía, actuación que evidentemente está al margen del derecho, que la oposición tenía por claro objetivo impedir el ingreso de Carabineros al recinto en donde se encontró a la persona cuya detención se buscaba, que la oposición violenta lo fue con un alto grado de excitación por parte de los comuneros, que no se aprecia ninguna actitud de parte de éstos en orden a deponer su oposición a la diligencia policial, que Carabineros legalmente se encontraba obligado a ingresar al recinto en cumplimiento

de la orden emanada de Tribunales, que en este contexto el ingreso por la fuerza haciendo uso de balines de goma, no se aprecia que vulnere las normas sobre uso de la fuerza que ha sido antes descrita, en base los antecedentes que obran en autos, sin perjuicio de lo que al respecto se resuelva en los procedimientos que la justicia criminal lleve al efecto, sobre la base de otros antecedentes que se hagan valer y que no es posible de apreciar en un recurso de carácter extraordinario como el presente.

7.- Que, en este contexto, esta Corte no ha podido adquirir la convicción que el actuar del recurrido en el procedimiento del día 07 de Junio de 2012, lo haya sido fuera del marco legal, excediendo sus atribuciones y con afectación de las garantías consagradas en el art. 19 N° 7 de la Carta Fundamental, como ha sido planteado en el recurso, y por ende que se haya producido una privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual de los recurrentes, razón por la cual esta Corte no está en situación de adoptar medidas protectoras a su favor.

8.- Que, asimismo, en cuanto a la solicitud de que se ordene a Carabineros, Prefectura Malleco que en lo sucesivo, su actuar se ajuste al ordenamiento jurídico, con la debida racionalidad y proporcionalidad, resguardando siempre el interés superior de los niños indígenas que integran la Comunidad, debe considerarse que siendo tal requerimiento un mandato legal y constitucional, al cual están obligadas las fuerzas de orden y seguridad pública atendido no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT, particularmente su artículo 3.2, que dispone: “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio” y que en este aspecto esta acción constitucional ha sido interpuesta en carácter de preventiva y con la sola finalidad de cautelar la posibilidad real y cierta de que funcionarios de la recurrida lleguen a cometer excesos en los operativos desplegados al interior de esta Comunidad Indígena –o de cualquier otra–, se acogerá el recurso de amparo, en similar contexto al ya acogido en la resolución de fecha 21 de Diciembre de 2011 de este Iltmo. Tribunal, de autos Rol N° 1136-2011.

Y visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara: Que **SE HACE LUGAR** al recurso de amparo interpuesto a fojas 26 por Jaime López Allendes a favor de los miembros del Iof Wente Winkul Mapu, de la comunidad mapuche tradicional Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla únicamente en cuanto se reitera, lo ya ordenado por este Iltmo Tribunal con fecha 21 de Diciembre de 2011, en los autos Rol N° 1136-2011, en cuanto a que la Prefectura de Carabineros Malleco deberá efectuar los procedimiento policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redacción del abogado integrante don Roberto Contreras Eddinger.

Sr. Grandón Castro

Sr. Vera Quilodrán

Sr. Contreras Eddinger

Pronunciada por la Primera Sala

Ministro Sr. Julio Cesar Grandón Castro, Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodran y Abogado Integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger.

Temuco, cinco de julio de dos mil doce, notifiqué por el estado diario, la resolución precedente a las partes.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, de 3 de septiembre de 2012

Foja: 75 Setenta y Cinco

C.A. de Temuco

Temuco, tres de septiembre de dos mil doce.

VISTOS:

Que a fojas 5, comparece Lorena Fries Monelon, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, quien interpone acción de amparo en contra de Carabineros de la Prefectura de Malleco, representada por el prefecto Iván Ismael Vega Rodríguez, por vulnerar el derecho constitucional de la libertad personal y seguridad individual, previsto en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República, a favor de M_X_A, de 13 años de edad, Jacinto Marín Marín, de 18 años de edad, L_Y_B de 17 años y F_Y_C de 17 años de edad.-

Funda el recurso en que con fecha 23 de julio del presente 2012 un grupo de personas pertenecientes la comunidad Temucuicui Tradicional hicieron ocupación pacífica del fundo La Romana, en la comuna de Ercilla, mismo día en que Carabineros procedió a desalojar y detener a los y las comunera participantes de la toma, entre los que se encontraban niños y niñas, contexto en el que familiares de los detenidos se reunieron en horas de la tarde a fin de poder visitar a los mismos en el hospital de Collipulli. Agrega que en las inmediaciones del hospital estaba apostado un bus de Carabineros, con personal en su interior, descendiendo del mismo al ver a los familiares, comenzando a disparar sin que exista motivo para ello, resultando numerosas personas con heridas por impactos por proyectiles de perdigón, entre ellos, niñas y niños, además de adolescentes, mismo tiempo que no permitía el paso al hospital ordenando se retiran del lugar. Entre los heridos estaban los adolescentes que menciona en el recurso, acompañando fotografías de los mismos.-

Agrega que el presente recurso es interpuesto en favor de tres niños, niñas y adolescentes, quienes sin justificación alguna resultaron heridos mientras ejercían la libertad personal que les asiste, además de interponerse en favor de tres adultos que se mencionan en el respectivo parte policial, considerando que el actuar de carabineros es arbitrario e ilegal.-

Citando el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República, jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, advierten sobre la ilegalidad en el uso indiscriminado de balines en el actuar policial, sin aplicación de estándares internacionales al respecto, cuestión que además vulnera la Convención Internacional de los Derechos del Niño, constituyendo la actuación de carabineros en una perturbación, privación y amenaza de la libertad personal y seguridad individual, previstas en el numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.-

Finalmente piden se declare la vulneración denunciada y resuelva lo siguiente: Se declare la ilegalidad y arbitrariedad en el uso indiscriminado de balines en contra de las personas mapuches individualizadas, en particular respecto de los niños y adolescentes individualizados, se declaren infringidos los derechos de libertad personal y seguridad individual, y se adopte todo tipo de medidas para restablecer el imperio del derecho poniendo fin a los actos arbitrarias e ilegales descritos con antelación, además de impartir instrucciones a Carabineros de Chile prefectura Malleco, a fin de que adecuen a lo establecido en leyes, Constitución Política, Tratados Internacionales y Convención de los Derechos del Niño, instruyendo los sumarios administrativos que corresponden.-

Que, a fojas 25, comparece doña María Salamanca Huenchullán, en su calidad de

Defensora Penal Pública, quien manifiesta que se adhiere y se hace parte, en la calidad que inviste, del presente recurso de amparo.-

Que, a fojas 28, evacua informe Carabineros de Chile, quienes señalan que el día 23 de julio de 2012 el comisario de la segunda Comisaría de Collipulli fue informado que el fundo La Romana de propiedad de René Urban, que cuenta con medida de protección por los delitos de incendio se encontraba siendo ocupado ilegalmente por un grupo de 40 comuneros mapuches, entre hombres, mujeres y niños, todos provenientes de la comunidad Ignacio Queipul Millanao, o Temucuicui, verificada en terreno la situación dispuso se reuniera personal suficiente para hacer frente a la situación en forma paralela a esto, se informo al fiscal jefe de Collipulli quien en forma verbal dispuso el desalojo previa comunicación de hacer abandono del predio.-

Señala que tal y como se observa en el video que acompaña el teniente coronel Jaime Peralta ingresó al predio para solicitar a los comuneros depusieran su actitud entrevistándose con el lonko Juan Catrillanca Anton y el werken Mijael Carbones Queipul, quienes manifestaron el deseo que la autoridad regional los escuchara, tomándose comunicación con el gobernador provincial quien luego de entrevistarse en dos oportunidades telefónicamente con el werken mencionado no logró que depusieran la actitud, de modo que para efectos de dar cumplimiento a instrucción del Fiscal y luego de 20 minutos se procedió a dar inicio al desalojo gradualmente, utilizando para ello carabinas lanza gases, situación que en definitiva no se concretó. Luego se acercó carabineros nuevamente cuando fueron intentados atropellar por quien conducía un tractor, según video que se aporta al informe, instante en que además otro sujeto con un cuchillón intentó golpear al subprefectos de servicios, repeliéndolo con la escopeta antidisturbios, a balines.- Además otra detenida rompe los espejos de una unidad policial. Señala que la escopeta a balines solo fue utilizada cuando carabineros fue atacado, siendo trasladadas luego del desalojo 12 personas que menciona por sus nombres.- Continúa advirtiéndole que al intentar salir del lugar se percataron que había otro grupo de comuneros que había interrumpido el camino a Quechereguas utilizando un tronco postes de luz derribados, comunicándose a operarios de Frontel a fin de que concurrieran al lugar pues los postes estaban energizados, luego se informó que este personal también fue atacado, sustrayéndoles sus celulares, llaves de la camioneta, siendo obligados a retirarse de a pie.-

Luego del desalojo, el bus de la institución quedó apostado en el hospital de Collipulli, mientras se realizaba el proceso de constatación de lesiones otro grupo de comuneros se comenzó a acercar al perímetro del hospital, de manera que para evitar más tensión se dispuso que quienes habían sido examinados fueran segregados por sexo en dos furgones policiales a fin de terminar el procedimiento en la Comisaría.- Esperando el término de atención de Luis Marillan Curamil, y cuando este era trasladado en el bus institucional, se acercaron unas 40 personas de distinto sexo quienes premunidos de palos, hachas y piedras comenzaron a atacar el vehículo, cuando se acercaron dos funcionarios a repeler el ataque siendo uno de ellos acorralado y atacado, cuando hizo uso de la escopeta a balines, sin que pudiera percatarse de si alguien resultó o no herido con ello, atendida la dinámica de los hechos, otros comuneros impedían la salida de otros furgones policiales.-

Alrededor de las 22 horas fue informado por Cenco que al Hospital de Angol se presentaron dos personas para ser atendidas por heridas a balín, Humberto Aranbubar Queipul y Jacinto Marín Marín y que el 24 de julio consulto por herida a balín M_X_A, de los restantes detenidos solo quedó en esta calidad Celia Cornoado Llanca quien fue controlada su detención, para el Caso de Noelia Millanao Marillan se dispuso

diera cuenta al Juzgado de Familia por vulneración de derechos siendo entregada a un familiar.-

Que a fojas 41 informó la Defensoría Penal Mapuche quienes luego de relatar los mismos hechos antes descritos, señalan que dispusieron a un facilitador intercultural para que tome nota de lo sucedido emitiendo un informe al defensor penal público quien debía comparecer a la audiencia de control de detención, quienes informaron que se acercaron al hospital de Collipulli en sus vehículos particulares, y que al bajarse de los mismos fueron atacados por carabineros mediante disparos, produciéndose gran confusión, además informa que M_X_A, de 13 años recibió perdigón en glúteo, Jacinto Marin Marin, 18 años, impacto perdigón en lado izquierdo, L_Y_B, 17 años, impacto de perdigón en la abdomen lado izquierdo, y F_Y_C, 17 años, recibió impacto de perdigones en ambos muslos, existiendo otros mayores que menciona también impactados por perdigones. En base a lo anterior, el mismo facilitador intercultural ingresa denuncia a fiscalía militar.-

Que a fojas 50 se realizó audiencia con los menores, la que es de carácter privado, y se encuentra registrada íntegramente en audio digital.-

Que por último informó el Servicio de Salud Araucanía Norte quienes dan cuenta de las heridas padecidas por los menores ya antes citados y sus respectivas derivaciones al interior del sistema de salud, todas por arma de fuego, con sus respectivos informes médicos.-

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1º.- Que primeramente se debe resolver la situación planteada por el abogado de la parte recurrida, en atención de determinar si la Defensoría Penal Mapuche tiene o no legitimación activa en el presente recurso de amparo; y a este respecto el artículo 21 de la Constitución señala que todo individuo puede concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, para interponer recurso de amparo en los casos que proceda; pero en este caso la Defensoría Penal Mapuche no comparece interponiendo ella el recurso por los amparados por el mismo, puesto que solo comparece adhiriéndose a un recurso ya presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos; por lo cual no estaríamos en la situación descrita por el artículo 21 de nuestra Carta Fundamental. Por consiguiente, no tendría legitimación activa para actuar en el presente recurso de amparo.-

2º Que la acción constitucional de amparo puede ser interpuesta por cualquier individuo, por sí o por cualquiera a su nombre también en situaciones que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, distintas a las situaciones de arresto, detención o prisión, a fin de que la Corte de Apelaciones respectiva ordene que se guarden las formalidades legales y adopte las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, asegurando la debida protección del afectado; lo cual guarda directa relación con la garantía constitucional del nº7 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, esto es, el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

3º.- Que, de la sola lectura del recurso de amparo, del informe de Carabineros y de los antecedentes agregados a la causa, es posible concluir que efectivamente el día 23 de julio del presente 2012, se suscitaron dos situaciones, que aún cuando relacionadas entre sí, se producen en lugares, tiempos y circunstancias diferentes; es así, que primeramente, ese día un grupo de personas pertenecientes a la comunidad Temucuicui Tradicional hicieron ocupación pacífica del fundo La Romana, mismo día en que Carabineros procedió a desalojar y detener a diversas personas de la referida comunidad que participó en la toma; y una segunda situación ocurrida en la tarde de ese día, pasada las 19:30 horas, en la ciudad de Collipulli, en las afueras del Hospital

de esta ciudad, mientras se realizaba el procedimiento de constatación de lesiones, un grupo de la misma comunidad Temucuicui Tradicional, dentro de los cuales se encontraban niños, adolescentes y adultos de ambos sexos, concurren en un grupo indeterminado de más o menos 40 personas, con la aparente finalidad de visitar e informarse de la situación de los detenidos, y en dichos de carabineros, al percatarse que el aprehendido L_Y_B era trasladado al bus institucional, se aproximan al referido vehículo produciéndose una situación confusa calificada por carabineros como un ataque de parte de este grupo de personas en contra del bus y los funcionarios que lo resguardaban, concurrendo más personal de carabineros ante el aviso dado por los implementos sonoros del bus, enfrentando a este grupo de personas a los repelieron en definitiva con el uso de escopetas, disparando en dos ocasiones en contra de este grupo de comuneros cartuchos con balines, producto de lo cual sufren heridas de diversa consideración M_X_A, de 13 años de edad, Jacinto Marín Marín, de 18 años de edad, L_Y_B de 17 años y F_Y_C de 17 años de edad.-

4º.- Que sin perjuicio de que la Constitución Política en el artículo 90 dispone que las Fuerzas de Orden y Seguridad constituyen la fuerza pública y que existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinan sus respectivas leyes orgánicas, dentro de la cual está por supuesto controlar el orden público, es lo cierto que el uso de dichas facultades se encuentra limitado por el respeto de los derechos y garantías constitucionales, que la misma Carta Fundamental dispone, entre ellas la integridad personal de las personas y la libertad personal de las mismas, en todas sus variantes de ejercicio, como lo estatuye con la mayor claridad el N ° 7 del artículo 19 del mismo texto, disponiendo que ésta no puede serle privada ni restringida, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, aparte de los derechos que estatutos internacionales prescriben para el respeto de los derechos de los niños y de las comunidades indígenas, como se indica en el libelo de amparo;

5º.- Que, por lo mismo, Carabineros de Chile es una institución que está entrenada profesionalmente para contralar multitudes que alteren el orden público de cualquier forma, para lo cual tiene la facultad de utilizar diversos medios disuasivos, de los cuales se debe servir en forma racional y proporcional a la situación que en cada caso se vean expuesto a controlar, pues bien, en este caso concreto y de lo descrito en los escritos de la parte recurrente, de la parte recurrida y de los demás medios de prueba y antecedente incorporados al recurso, el medio disuasivo utilizado contra la multitud fue el utilizar armas de fuego que disparan balines, disparando contra la multitud dentro de la cual se encontraban menores de edad.-

6º.- Que en estas condiciones, el rigor desplegado por la policía para enfrentar un grupo de personas, debiendo cuidar en su accionar no provocaren mayores males que las necesarias para dar debido cumplimiento de su obligación de controlar grupos de personas, excedió el marco de lo aceptable con lo cual afectó derechos y garantías de los amparados, que aún cuando podrían haber estado dentro de un grupo de personas que provoca desmanes, no podían ser víctimas del excesivo uso de fuerza que le causaron las lesiones que se señalaron anteriormente, y que dan cuenta en detalle el escrito de presentación del recurso. Dichas actuaciones provocaron un evidente detrimento a la libertad personal y seguridad individual de M_X_A, de 13 años de edad, Jacinto Marín Marín, de 18 años de edad, L_Y_B de 17 años y F_Y_C de 17 años de edad, que autoriza a la magistratura dictar las medidas conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, como lo dispone el artículo 21 de la Constitución Política de la República.-

Y visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara:

Que **SE HACE LUGAR** al recurso de amparo interpuesto a fojas 5 por Lorena Fries Monleon a favor de M_X_A, de Jacinto Marin Marin, de L_Y_B y F_Y_C miembros de la Comunidad Temucucui, sólo en cuanto se ordena a la Prefectura de Carabineros Malleco efectuar los procedimientos policiales con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración en cuanto a los medios de disuasión que se utilicen para controlar a grupos de personas que provoquen desórdenes, y en especial cuando dentro de dichos grupos de personas puedan haber niños y niñas.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Sr. Vera

Sra. Aravena

Sr. Bravo L.

Pronunciada por la Sala de Turno

Presidente Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán, Ministra Sra. Cecilia Aravena López y Abogado Integrante Sr. Claudio Bravo López.

Temuco, tres de septiembre de dos mil doce, notifiqué por el estado diario, la resolución precedente a las partes.

ANEXO 3. OBSERVACIÓN GENERAL N° 11 (2009) DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

“Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”

INTRODUCCIÓN

1. En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes tienen “debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”. Si bien todos los derechos consagrados en la Convención se aplican a todos los niños, indígenas o no, la Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer tratado fundamental de derechos humanos en el que se hizo referencia expresa a los niños indígenas en varias disposiciones.
2. El artículo 30 de la Convención dispone que, “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará al 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”.
3. Además, el artículo 29 de la Convención establece que “la educación del niño deberá estar encaminada a [...] preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”.
4. El artículo 17 de la Convención también dispone expresamente que los Estados partes “alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena”.
5. Las referencias expresas que se hacen a los niños indígenas en la Convención son un reconocimiento de que esos niños necesitan medidas especiales para el pleno disfrute de sus derechos. El Comité de los Derechos del Niño ha tomado siempre en consideración la situación de los niños indígenas al examinar los informes periódicos de los Estados partes en la Convención. El Comité ha observado que los niños indígenas afrontan considerables dificultades para ejercer sus derechos y ha formulado recomendaciones específicas a ese respecto en sus observaciones finales. En contra de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, los niños indígenas continúan siendo objeto de graves discriminaciones en una serie de ámbitos, en particular su acceso a la atención de salud y a la educación, lo que ha llevado a aprobar la presente observación general.
6. Además de la Convención sobre los Derechos del Niño, diversos tratados internacionales de derechos humanos han desempeñado una importante función en la lucha contra la situación de los niños indígenas y en la defensa del derecho de éstos a no ser discriminados; se trata, en particular, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, del Pacto Internacional de Derechos Civiles

- y Políticos, de 1966, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.
7. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989, contiene disposiciones que promueven los derechos de los pueblos indígenas y pone de relieve específicamente los derechos de los niños indígenas en cuanto a la educación.
 8. En 2001, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, nombramiento que fue confirmado por el Consejo de Derechos Humanos en 2007. El Consejo ha pedido al Relator Especial que preste particular atención a la situación de los niños indígenas, y los informes anuales y los informes sobre misiones del Relator Especial contienen varias recomendaciones que se centran en la situación concreta de esos niños.
 9. En 2003, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, de las Naciones Unidas, celebró su segundo período de sesiones sobre la cuestión de los niños y jóvenes indígenas, y el mismo año el Comité de los Derechos del Niño celebró su Día de debate general anual sobre los derechos de los niños indígenas y aprobó recomendaciones específicas destinadas principalmente a los Estados partes, pero también a las entidades de las Naciones Unidas, a los mecanismos de defensa de los derechos humanos, a la sociedad civil, a los donantes, al Banco Mundial y a los bancos de desarrollo regionales.
 10. En 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que da importantes orientaciones sobre los derechos de esos pueblos, con especial referencia a los derechos de los niños indígenas en una serie de sectores.

OBJETIVOS Y ESTRUCTURA

11. La presente observación general sobre los derechos reconocidos a los niños indígenas por la Convención sobre los Derechos del Niño refleja la evolución jurídica y las iniciativas mencionadas en los párrafos que anteceden.
12. Esta observación general tiene por principal objetivo orientar a los Estados sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone la Convención en lo referente a los niños indígenas. El Comité se ha basado, para formular esta observación general, en su experiencia en la interpretación de las disposiciones de la Convención en relación con los niños indígenas. Además, la observación general se basa en las recomendaciones aprobadas tras el Día de debate general sobre los niños indígenas celebrado en 2003 y refleja un proceso de consulta organizado con otras partes interesadas, entre ellas los propios niños indígenas.
13. Esta observación general tiene por finalidad analizar las dificultades específicas que obstan para que los niños indígenas puedan disfrutar plenamente de sus derechos, así como destacar las medidas especiales que los Estados deberían adoptar para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas. Además, la observación general trata de promover las

buenas prácticas y de poner de relieve formas positivas de poner en práctica los derechos de los niños indígenas.

14. El artículo 30 de la Convención y el derecho al disfrute de la cultura, la religión y el idioma son elementos clave de la presente observación general; ahora bien, lo que se pretende es analizar las distintas disposiciones a las que hay que prestar especial atención en lo que se refiere a su aplicación a los niños indígenas. Se hace particular hincapié en la relación que existe con otras disposiciones pertinentes, en particular los principios generales de la Convención identificados por el Comité, a saber, la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y el derecho a ser oído.
15. El Comité observa que la Convención contiene referencias tanto a los niños de las minorías como a los niños indígenas. Algunas referencias de esta observación general pueden ser pertinentes para los niños de grupos minoritarios, y en el futuro el Comité podría decidir que se preparase una observación general que se refiera específicamente a los derechos de los niños pertenecientes a grupos minoritarios.

EL ARTÍCULO 30 Y LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS

16. El Comité recuerda la estrecha relación existente entre el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ambos artículos se afirma expresamente el derecho que tiene el niño, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. El derecho establecido es tanto individual como colectivo y constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas. El Comité observa que el ejercicio de los derechos culturales de los pueblos indígenas puede estar estrechamente relacionado con el disfrute del territorio tradicional y la utilización de sus recursos⁴².
17. El artículo 30, aunque está formulado como oración negativa, reconoce que existe un “derecho” y dispone que ese derecho “no se negará”. Por consiguiente, todo Estado parte está obligado a proteger la existencia y el ejercicio de ese derecho contra su denegación o conculcación. El Comité de los Derechos del Niño conviene con el Comité de Derechos Humanos en la necesidad de adoptar medidas positivas de protección, no sólo contra los actos que pueda realizar el propio Estado parte por mediación de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, sino también contra los actos de otras personas que se encuentren en el Estado parte⁴³.
18. En este contexto, el Comité de los Derechos del Niño también apoya el llamamiento que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha hecho a los Estados partes para que “reconozcan y respeten la cultura,

42 Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 23 sobre el artículo 27, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, párrs. 3.2 y 7, y recomendaciones del Día de debate general del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 4.

43 Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 23 sobre el artículo 27, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, párr. 6.1.

- la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación⁴⁴.
19. La presencia de pueblos indígenas se demuestra mediante la propia conciencia de su identidad, como criterio fundamental para determinar su existencia⁴⁵. No se requiere que los Estados partes reconozcan oficialmente a los pueblos indígenas para que éstos puedan ejercer sus derechos. Al examinar los informes de los Estados partes, el Comité de los Derechos del Niño ha observado que muchos de esos Estados, al cumplir las obligaciones que les impone la Convención, no prestan la debida atención a los derechos de los niños indígenas ni a la promoción de su desarrollo. El Comité considera que, en consulta con las comunidades interesadas⁴⁶ y con la participación de los niños en el proceso de consulta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, se deberían adoptar medidas especiales mediante disposiciones legislativas y políticas para proteger a los niños indígenas.
 20. El Comité considera que las autoridades u otras entidades de los Estados partes deberían celebrar activamente consultas de una manera que sea culturalmente apropiada, que garantice la disponibilidad de información a todas las partes y que asegure una comunicación y un diálogo interactivos.
 21. El Comité insta a los Estados partes a que presten la debida atención al artículo 30 en la aplicación de la Convención. En los informes periódicos que presentan con arreglo a la Convención, los Estados partes deberían proporcionar información detallada sobre las medidas especiales adoptadas para que los niños indígenas puedan disfrutar de los derechos consagrados en el artículo 30.
 22. El Comité subraya que las prácticas culturales a que se refiere el artículo 30 de la Convención han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño⁴⁷. Cuando existan prácticas perniciosas, como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer, el Estado parte debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas. El Comité insta encarecidamente a los Estados partes a que organicen y pongan en práctica campañas de concienciación, programas de educación y disposiciones legislativas encaminadas a cambiar las actitudes y a rectificar los papeles y estereotipos de género que contribuyen a las prácticas perjudiciales⁴⁸.

44 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 23 sobre los pueblos indígenas, 1997, contenida en el anexo V del documento A/52/18.

45 Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, art. 1, párr. 2.

46 Convenio N° 169 de la OIT, arts. 2, 6 y 27.

47 UNICEF, *Innocenti Digest*, N° 11, "Asegurar los derechos de los niños indígenas", 2004, pág. 7.

48 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 4 sobre la salud de los adolescentes, 2003, párr. 24.

PRINCIPIOS GENERALES (ARTÍCULOS 2, 3, 6 Y 12 DE LA CONVENCIÓN)

No discriminación

23. El artículo 2 enuncia la obligación de los Estados partes de garantizar los derechos de cada niño sujeto a su jurisdicción, sin discriminación alguna. El Comité ha identificado la no discriminación como un principio general de fundamental importancia para la puesta en práctica de todos los derechos consagrados en la Convención. Los niños indígenas tienen un derecho inalienable a no sufrir discriminación. Para proteger de manera efectiva a los niños contra la discriminación, el Estado parte tiene la obligación de hacer que el principio de no discriminación se refleje en toda la legislación nacional y pueda ser directamente aplicado y debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos. Se debería tener acceso en el momento oportuno a unos recursos efectivos. El Comité subraya que las obligaciones del Estado parte se extienden no sólo al sector público sino también al privado.
24. Como se había señalado anteriormente en la Observación general N° 5 del Comité, relativa a las medidas generales de aplicación, la obligación de no discriminación requiere que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos. Por ejemplo, el Comité subraya, en particular, la necesidad de desagregar los datos que se reúnan, a fin de poder identificar la discriminación o la posible discriminación. Además, para hacer frente a la discriminación puede ser necesario introducir cambios en la legislación, en la administración y en la asignación de recursos, así como adoptar medidas educativas para cambiar las actitudes⁴⁹.
25. El Comité, tras su detenido examen de los informes de los Estados partes, observa que los niños indígenas están comprendidos entre los que necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños. En particular, se insta a los Estados partes a que consideren la aplicación de medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil⁵⁰.
26. Una de las medidas positivas que deberían adoptar los Estados partes consiste en reunir datos desglosados y elaborar indicadores con el fin de determinar en qué ámbitos sufren o podrían sufrir discriminación los niños indígenas. Es fundamental detectar las lagunas y barreras que impiden que los niños indígenas gocen de sus derechos, a fin de aplicar las medidas positivas apropiadas mediante la legislación, la asignación de recursos, las políticas y los programas⁵¹.

49 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5 sobre las medidas generales de aplicación, 2003, párr. 12.

50 Recomendaciones del Día de debate general del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 9.

51 *Ibid.*, párr. 6.

27. Los Estados partes deberían velar por que se tomen medidas educativas y de información pública para hacer frente a la discriminación de los niños indígenas. El artículo 2, junto con el artículo 17, el párrafo 1 d) del artículo 29 y el artículo 30 de la Convención, impone a los Estados la obligación de desarrollar campañas de información pública y preparar material de divulgación y programas de estudios, tanto para escolares como para profesionales, centrados en los derechos de los niños indígenas y en la eliminación de las actitudes y prácticas discriminatorias, en particular el racismo. Además, los Estados partes deberían brindar a los niños indígenas y no indígenas oportunidades reales de entender y respetar distintas culturas, religiones e idiomas.
28. En sus informes periódicos al Comité, los Estados partes deberían señalar las medidas y programas adoptados, en el marco de la Declaración y Programa de Acción aprobados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de 2001, para hacer frente a la discriminación de los niños indígenas⁵².
29. Al preparar medidas especiales, los Estados deberían tomar en consideración las necesidades de los niños indígenas que pueden ser víctimas de múltiples tipos de discriminación y también tener en cuenta la diferente situación de los niños indígenas en las zonas rurales y en las zonas urbanas. Se debería prestar particular atención a las niñas, a fin de que gocen de sus derechos en pie de igualdad con los niños. Además, los Estados partes deberían velar por que las medidas especiales aborden los derechos de los niños indígenas con discapacidad⁵³.

El interés superior del niño

30. La aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos. Los niños indígenas no siempre han recibido la atención especial que merecen. En algunos casos, su particular situación ha quedado a la sombra de otros problemas de interés más general para los pueblos indígenas, como son el derecho a la tierra y la representación política⁵⁴. El interés superior del niño no puede desatenderse o vulnerarse en favor del interés superior del grupo.
31. Al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo. En cuanto a la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se debería consultar a la comunidad indígena y se le debería dar la oportunidad

52 *Ibid.*, párr. 12.

53 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, preámbulo. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, arts. 21 y 22.

54 UNICEF, *Innocenti Digest*, N° 11, "Asegurar los derechos de los niños indígenas", 2004, pág. 1.

- de participar en la labor de determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general de forma que se tenga en cuenta el contexto cultural. Tales consultas deberían, en la medida de lo posible, incluir una verdadera participación de los niños indígenas.
32. El Comité considera que puede haber diferencias entre el interés superior del niño considerado individualmente y el interés superior de los niños como grupo. En las decisiones relativas a un niño en particular, que habitualmente adoptan la forma de una decisión judicial o de una decisión administrativa, lo que se trata de determinar es el interés superior de ese niño en concreto. No obstante, la consideración de los derechos culturales colectivos del niño forma parte de la determinación del interés superior del niño.
33. El principio del interés superior del niño exige que los Estados adopten activamente, en sus sistemas legislativo, administrativo y judicial, medidas que apliquen sistemáticamente ese principio estudiando las consecuencias de sus decisiones y de su actuación sobre los derechos y los intereses del niño⁵⁵. Para que los derechos de los niños indígenas queden efectivamente garantizados, esas medidas incluirían la formación y la concienciación de las categorías profesionales pertinentes en lo que se refiere a la importancia de tomar en consideración los derechos culturales colectivos al tratar de determinar cuál es el interés superior del niño.

El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

34. El Comité observa con preocupación el número desproporcionadamente grande de niños indígenas que viven en una pobreza extrema, situación que tiene repercusiones negativas sobre su supervivencia y su desarrollo. Preocupan además al Comité las elevadas tasas de mortalidad en la primera infancia y en la niñez de los niños indígenas, así como la malnutrición y las enfermedades de esos niños. El artículo 4 obliga a los Estados partes a adoptar medidas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, con la cooperación internacional. Los artículos 6 y 27 consagran el derecho de los niños a la supervivencia y al desarrollo, así como a un nivel de vida adecuado. Los Estados deberían ayudar a los padres y a otras personas responsables de los niños indígenas a dar efectividad a ese derecho brindando una asistencia material y unos programas de apoyo culturalmente apropiados, particularmente en lo que se refiere a la nutrición, a la ropa y a la vivienda. El Comité subraya la necesidad de que los Estados partes tomen medidas especiales para que los niños indígenas disfruten del derecho a un nivel de vida adecuado, así como de que esas medidas, junto con los indicadores de progreso, se elaboren en colaboración con los pueblos indígenas, incluyendo los niños.
35. El Comité reitera que, como lo señaló en la Observación general N° 5, interpreta la idea de desarrollo del niño “como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del

55 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5 sobre medidas generales de aplicación, 2003, párr. 12.

niño”⁵⁶. En el preámbulo de la Convención se destaca la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada persona, particularmente en lo que se refiere a la protección y al desarrollo armonioso del niño. En el caso de los niños indígenas cuyas comunidades conservan un modo de vida tradicional, la utilización de las tierras tradicionales reviste considerable importancia para su desarrollo y para el disfrute de su cultura⁵⁷. Los Estados partes deberían estudiar con detenimiento la importancia cultural de las tierras tradicionales y de la calidad del medio ambiente natural al proteger, en toda la medida de lo posible, el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

36. El Comité reafirma la importancia de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y pide a los Estados que colaboren con los pueblos indígenas, incluidos los niños, para lograr la plena realización de esos objetivos en relación con los niños indígenas.

Respeto de las opiniones del niño

37. El Comité considera, con respecto al artículo 12, que hay que distinguir entre, por una parte, el derecho del niño como persona a expresar su opinión y, por otra, el derecho a ser oído colectivamente, que permite que los niños como grupo intervengan en las consultas sobre cuestiones que los afectan.
38. En lo que se refiere a los diferentes niños indígenas, el Estado parte tiene la obligación de respetar el derecho del niño a expresar, directamente o por conducto de un representante, su opinión en todos los asuntos que lo afecten, así como de tener debidamente en cuenta esa opinión en función de la edad y la madurez del niño. Esa obligación ha de respetarse en cualquier procedimiento judicial o administrativo. Teniendo en cuenta los obstáculos que impiden que los niños indígenas ejerzan ese derecho, el Estado parte debería crear un entorno que aliente la libre expresión de la opinión del niño. El derecho a ser oído incluye el derecho a la representación, a una interpretación culturalmente apropiada y, asimismo, el derecho a no expresar la propia opinión.
39. Cuando se aplica ese derecho a los niños indígenas como grupo, el Estado parte desempeña una importante función en la promoción de la participación de esos niños y debería velar por que se les consulte en todos los asuntos que los afecten. El Estado parte debería elaborar estrategias especiales para que esa participación sea efectiva. El Estado parte debería velar por que ese derecho se aplique en particular en el entorno escolar, en el contexto de otro tipo de tutela y en la comunidad en general. El Comité recomienda que los Estados partes trabajen en estrecha colaboración con los niños indígenas y con sus comunidades en la elaboración, ejecución y evaluación de programas, políticas y estrategias para aplicar la Convención.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ UNICEF, *Innocenti Digest*, N° 11, “Asegurar los derechos de los niños indígenas”, 2004, pág. 8.

DERECHOS Y LIBERTADES CIVILES (ARTÍCULOS 7, 8, 13 A 17 Y 37 A) DE LA CONVENCIÓN)

Acceso a la información

40. El Comité subraya la importancia de que los medios de información tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas de los niños indígenas, de conformidad con los artículos 17 d) y 30 de la Convención. El Comité alienta a los Estados partes a que ayuden a los niños indígenas a tener acceso a los medios de información en sus propios idiomas. El Comité subraya el derecho de los niños indígenas a tener acceso a la información, incluso en sus propios idiomas, para poder ejercer efectivamente su derecho a ser oídos.

INSCRIPCIÓN DE LOS NACIMIENTOS, NACIONALIDAD E IDENTIDAD

41. Los Estados partes están obligados a velar por que todos los niños sean inscritos inmediatamente después de su nacimiento y por que adquieran una nacionalidad. La inscripción de los nacimientos debería ser gratuita y estar al alcance de todos. Preocupa al Comité que siga habiendo niños indígenas, en mayor número que los no indígenas, que no son inscritos en el registro de nacimientos y quedan expuestos a un mayor riesgo de apatridia.
42. Por consiguiente, los Estados partes deberían tomar medidas especiales para la debida inscripción de los niños indígenas, incluidos los que residen en zonas apartadas. Esas medidas especiales, que habrán de acordarse en consulta con las comunidades afectadas, pueden incluir el despliegue de unidades móviles, la realización de campañas periódicas de inscripción de los nacimientos o el establecimiento de oficinas de registro civil en las comunidades indígenas, a fin de que estén al alcance de éstas.
43. Los Estados partes deberían velar por que se informe a las comunidades indígenas de la importancia de la inscripción de los nacimientos y las consecuencias negativas que el hecho de no inscribir los nacimientos tiene sobre el disfrute de otros derechos de los niños. Los Estados partes deberían cerciorarse de que esa información esté a disposición de las comunidades indígenas en sus propios idiomas y realizar campañas públicas de concienciación en consulta con las comunidades afectadas⁵⁸.
44. Además, teniendo en cuenta los artículos 8 y 30 de la Convención, los Estados partes deberían velar por que los niños indígenas puedan tener los nombres indígenas que sus padres elijan de acuerdo con sus tradiciones culturales, así como velar por el derecho a preservar su identidad. Los Estados partes deberían promulgar disposiciones legislativas nacionales que den a los padres indígenas la posibilidad de elegir el nombre que prefieran para sus hijos.
45. El Comité señala a la atención de los Estados el artículo 8, párrafo 2, de la Convención, que dispone que un niño privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos deberá recibir la asistencia y la protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. El Comité alienta a los Estados partes a que tengan en cuenta el artículo 8

58 UNICEF, *Innocenti Digest*, Nº 11, “Asegurar los derechos de los niños indígenas”, 2004, pág. 9.

de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que dispone que se deben establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que prive a los pueblos indígenas, incluidos los niños, de su identidad étnica.

ENTORNO FAMILIAR Y OTRO TIPO DE TUTELA (ARTÍCULOS 5, 9 A 11, 18 (PÁRRAFOS 1 Y 2), 19 A 21, 25, 27 (PÁRRAFO 4) Y 39 DE LA CONVENCIÓN)

46. El artículo 5 de la Convención dispone que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad para impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y la orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Los Estados partes deberían velar por que se apliquen medidas efectivas para salvaguardar la integridad de las familias y las comunidades indígenas prestándoles asistencia en sus funciones de crianza de los hijos, de conformidad con los artículos 3, 5, 18 y 25 y con el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención⁵⁹.
47. Los Estados partes deberían, en cooperación con las familias y las comunidades indígenas, reunir datos sobre la situación familiar de los niños indígenas, incluidos los niños que estén en hogares de acogida y en proceso de adopción. Esa información debería utilizarse para formular políticas sobre el entorno familiar y otro tipo de tutela de los niños indígenas de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural. La consideración primordial en los programas de desarrollo, servicios sociales, salud y educación que se refieran a los niños indígenas debería ser el interés superior del niño y el mantenimiento de la integridad de las familias y las comunidades indígenas⁶⁰.
48. Además, los Estados deberían siempre velar por que el principio del interés superior del niño sea la consideración primordial en cualquier caso en que se coloque a los niños indígenas en otro tipo de tutela para su cuidado y, conforme al párrafo 3 del artículo 20 de la Convención, prestar la debida atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. En los Estados partes en que haya una proporción excesiva de niños indígenas entre los niños separados de su entorno familiar, se deberían adoptar, en consulta con las comunidades indígenas, medidas de política especialmente dirigidas a ellos para reducir el número de niños indígenas confiados a otro tipo de tutela y evitar que pierdan su identidad cultural. Concretamente, si un niño indígena fuese colocado fuera de su comunidad, el Estado parte debería adoptar medidas especiales para que el niño pueda mantener su identidad cultural.

⁵⁹ Recomendaciones del Día de debate general del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 17.

⁶⁰ *Ibid.*

SALUD BÁSICA Y BIENESTAR (ARTÍCULOS 6, 18 (PÁRRAFO 3), 23, 24, 26 Y 27 (PÁRRAFOS 1 A 3) DE LA CONVENCION)

49. Los Estados partes deberían velar por que todos los niños disfruten del nivel de salud más alto posible y tengan acceso a los servicios de atención médica. Las condiciones de salud de los niños indígenas suelen ser peores que las de los niños no indígenas, en particular porque no tienen servicios de salud o porque éstos son de inferior calidad. El Comité observa con preocupación, sobre la base del examen de los informes de los Estados partes, que esta situación se da tanto en países desarrollados como en países en desarrollo.
50. El Comité insta a los Estados partes a que adopten medidas especiales para que los niños indígenas no sean objeto de discriminación en el disfrute del nivel de salud más alto posible. El Comité observa con preocupación las altas tasas de mortalidad de los niños indígenas y señala que los Estados partes tienen la obligación positiva de velar por que los niños indígenas tengan acceso a los servicios de salud en pie de igualdad, así como de luchar contra la malnutrición, contra la mortalidad en la primera infancia y en la niñez y contra la mortalidad materna.
51. Los Estados partes deberían adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los niños indígenas a los servicios de salud. Los servicios de salud deberían, en la medida de lo posible, planearse y organizarse a nivel comunitario y administrarse en cooperación con los pueblos interesados⁶¹. Se debería tener especial cuidado de que los servicios de salud tengan en cuenta el contexto cultural y de que la información correspondiente esté disponible en los idiomas indígenas. Se debería prestar particular atención a la necesidad de que los indígenas que viven en zonas rurales y de difícil acceso o en zonas de conflictos armados, o los indígenas que sean trabajadores migratorios, refugiados o desplazados, tengan acceso a los servicios de salud. Los Estados partes deberían, además, prestar especial atención a las necesidades de los niños indígenas con discapacidades y velar por que los programas y políticas pertinentes tengan en cuenta el contexto cultural⁶².
52. El personal sanitario y médico de las comunidades indígenas desempeña una importante función porque actúa como vínculo entre la medicina tradicional y los servicios médicos convencionales, por lo que se debería dar preferencia al empleo de personal de la comunidad indígena local⁶³. Los Estados partes deberían promover la función de ese personal proporcionándole los medios y la formación necesarios para que las comunidades indígenas puedan utilizar la medicina tradicional de forma tal que se tengan presentes su cultura y sus tradiciones. En este contexto, el Comité recuerda el párrafo 2 del artículo 25 del Convenio N° 169 de la OIT y los artículos 24 y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, relativos al derecho de esos pueblos a sus propias medicinas tradicionales⁶⁴.

61 Convenio N° 169 de la OIT, art. 25, párrs. 1 y 2.

62 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 9 sobre los derechos de los niños con discapacidades, 2006.

63 Convenio N° 169 de la OIT, art. 25, párr. 3.

64 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, arts. 24 y 31.

53. Los Estados partes deberían adoptar todas las medidas que sean razonables para que los niños indígenas, sus familias y sus comunidades reciban información y educación sobre cuestiones relacionadas con la salud y con los cuidados preventivos, como la nutrición, la lactancia, la atención prenatal y posnatal, la salud de los niños y de los adolescentes, la vacunación, las enfermedades transmisibles (en particular el VIH/SIDA y la tuberculosis), la higiene, el saneamiento ambiental y los peligros de los plaguicidas y de los herbicidas.
54. En relación con la salud de los adolescentes, los Estados partes deberían considerar estrategias específicas para dar a los adolescentes indígenas acceso a información sexual y reproductiva y a los servicios pertinentes, en particular sobre la planificación familiar y los contraceptivos, los riesgos de los embarazos precoces, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y el tratamiento de las infecciones de transmisión sexual. Con este fin, el Comité recomienda que los Estados partes tengan en cuenta sus Observaciones generales N° 3, sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño (2003), y N° 4, sobre la salud de los adolescentes (2003)⁶⁵.
55. En algunos Estados partes, las tasas de suicidio de los niños indígenas son considerablemente más altas que las de los niños no indígenas. En esas circunstancias, los Estados partes deberían formular y aplicar una política de medidas preventivas y velar por que se asignen más recursos financieros y humanos a la atención de salud mental para los niños indígenas, de forma tal que se tenga en cuenta su contexto cultural, previa consulta con la comunidad afectada. Para analizar y combatir las causas profundas de ese fenómeno, el Estado parte debería entablar y mantener un diálogo con la comunidad indígena.

EDUCACIÓN (ARTÍCULOS 28, 29 Y 31 DE LA CONVENCIÓN)

56. El artículo 29 de la Convención dispone que la educación de todos los niños deberá estar encaminada a, entre otros objetivos, el desarrollo del respeto de la identidad cultural del niño, de su idioma, de sus valores y de las civilizaciones distintas de la suya. Otros objetivos son la preparación del niño para que asuma una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena. Los objetivos de la educación son aplicables a la educación de todos los niños, y los Estados deberían velar por que esos objetivos se reflejen adecuadamente en los programas de estudios, en el contenido del material educativo, en los métodos de enseñanza y en las políticas. Se alienta a los Estados a que se remitan a la Observación general N° 1 del Comité, sobre los propósitos de la educación, para la ulterior orientación⁶⁶.
57. La educación de los niños indígenas contribuye tanto a su desarrollo individual y al desarrollo comunitario como a su participación en la sociedad

65 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, y Observación general N° 4 sobre la salud de los adolescentes, 2003.

66 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 1 sobre los propósitos de la educación, 2001.

- en sentido amplio. Una educación de calidad permite que los niños indígenas ejerzan y disfruten sus derechos económicos, sociales y culturales en su beneficio personal y en beneficio de su comunidad. Además, refuerza la capacidad de los niños para ejercer sus derechos civiles a fin de influir en los procesos políticos para mejorar la protección de los derechos humanos. Así, la realización del derecho de los niños indígenas a la educación es un medio esencial de lograr el reconocimiento de derechos a las personas y la libre determinación de los pueblos indígenas.
58. Para que los objetivos de la educación estén en consonancia con la Convención, los Estados partes tienen la obligación de proteger a los niños contra toda forma de discriminación, como se dispone en el artículo 2 de la Convención, así como de luchar activamente contra el racismo. Esa obligación es particularmente pertinente en relación con los niños indígenas. Para poner en práctica efectivamente esa obligación, los Estados partes deberían velar por que los programas de estudios, el material educativo y los libros de texto de historia den una imagen justa, exacta e informativa de las sociedades y las culturas de los pueblos indígenas⁶⁷. En el entorno escolar se deberían evitar las prácticas discriminatorias, tales como las restricciones de la utilización del vestuario cultural y tradicional.
59. El artículo 28 de la Convención dispone que los Estados partes deberán implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos los niños en condiciones de igualdad. Se alienta a los Estados partes a hacer que la enseñanza secundaria y la formación profesional estén a la disposición y al alcance de todos los niños. Sin embargo, en la práctica los niños indígenas cuentan con menos probabilidades de escolarización y siguen teniendo tasas más elevadas de deserción escolar y de analfabetismo que los no indígenas. El acceso de la mayoría de los niños indígenas a la educación es inferior a causa de diversos factores, como la insuficiencia de centros de enseñanza y de maestros, los costos directos o indirectos de la educación y la falta de un programa de estudios culturalmente ajustado y bilingüe, de conformidad con el artículo 30. Además, los niños indígenas suelen hacer frente a la discriminación y al racismo en el entorno escolar.
60. Para que los niños indígenas ejerzan su derecho a la educación en las mismas condiciones que los no indígenas, los Estados partes deberían adoptar una serie de medidas especiales. Los Estados partes deberían asignar recursos financieros, materiales y humanos para aplicar políticas y programas encaminados específicamente a mejorar el acceso de los niños indígenas a la educación. Como lo dispone el artículo 27 del Convenio N° 169 de la OIT, los programas y los servicios de educación deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con los pueblos interesados a fin de responder a sus necesidades particulares. Además, los gobiernos deberían reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones cumplan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos⁶⁸. Los

67 Convenio N° 169 de la OIT, art. 31. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 15.

68 Convenio N° 169 de la OIT, art. 27.

Estados deberían esforzarse razonablemente por lograr que las comunidades indígenas cobren conciencia del valor y la importancia de la educación, así como de la trascendencia del apoyo comunitario a la escolarización.

61. Los Estados partes deberían velar por que las instalaciones escolares sean fácilmente accesibles en los lugares en que viven niños indígenas. Si fuera necesario, los Estados partes deberían apoyar la utilización con fines educativos de los medios de información, como emisiones de radio y programas de educación a distancia (a través de Internet), y crear escuelas móviles para los pueblos indígenas que tienen tradiciones nómadas. El ciclo escolar debería tener en cuenta las prácticas culturales, así como las actividades estacionales agrícolas y los períodos ceremoniales, y tratar de ajustarse a ellas. Los Estados partes no deberían establecer escuelas en régimen de internado fuera de las comunidades indígenas más que cuando sea necesario, ya que ello puede desincentivar la escolarización de los niños indígenas, especialmente las niñas. Las escuelas en régimen de internado deberían responder a criterios adaptados al contexto cultural y ser supervisadas regularmente. También se debería tratar de que los niños indígenas que viven fuera de sus comunidades tengan acceso a la educación de una forma que respete su cultura, sus idiomas y sus tradiciones.
62. El artículo 30 de la Convención establece el derecho de los niños indígenas a emplear su propio idioma. Para dar efectividad a ese derecho, es fundamental que el niño pueda recibir educación en su propio idioma. El artículo 28 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que se deberá enseñar a los niños indígenas a leer y a escribir en su propia lengua, además de darles la oportunidad de llegar a dominar las lenguas oficiales del país⁶⁹. Los programas de estudios bilingües e interculturales son un criterio importante para la educación de los niños indígenas. En la medida de lo posible, los maestros de los niños indígenas deberían ser contratados en las comunidades indígenas y deberían recibir un apoyo y una formación suficientes.
63. En relación con el artículo 31 de la Convención, el Comité señala las muchas ventajas positivas que tiene la participación en los deportes, en los juegos tradicionales, en la educación física y en las actividades recreativas, y pide a los Estados partes que velen por que los niños indígenas gocen del ejercicio efectivo de esos derechos.

MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN (ARTÍCULOS 22, 30, 38, 39, 40, 37 B A D) Y 32 A 36 DE LA CONVENCION)

Los niños en los conflictos armados y los niños refugiados

64. El Comité, como resultado de sus exámenes periódicos de los informes de los Estados partes, ha llegado a la conclusión de que los niños indígenas son particularmente vulnerables en situaciones de conflicto armado o de disturbios internos. Las comunidades indígenas suelen residir en zonas codiciadas por sus recursos naturales o que, a causa de su lejanía, sirven de base para grupos armados no estatales. En otras situaciones, hay

⁶⁹ Convenio N° 169 de la OIT, art. 28.

- comunidades indígenas que residen en las cercanías de fronteras o límites controvertidos por Estados⁷⁰.
65. En esas circunstancias, los niños indígenas han estado y continúan estando expuestos al riesgo de ser víctimas de atentados contra sus comunidades en los cuales pierden la vida, sufren violaciones o torturas, son objeto de desplazamientos o de desapariciones forzadas, son testigos de atrocidades o son separados de sus padres y de su comunidad. Hay fuerzas y grupos armados que atentan en particular contra las escuelas, con lo que dejan a los niños indígenas sin posibilidades de educación. Además, hay fuerzas y grupos armados que han reclutado a niños indígenas para obligarlos a cometer atrocidades, a veces incluso contra sus propias comunidades.
 66. Según el artículo 38 de la Convención, los Estados partes deberían velar por que se respeten las normas del derecho humanitario y asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado. Los Estados partes deberían prestar particular atención a los riesgos a que están expuestos los niños indígenas en caso de hostilidades y tomar el mayor número de medidas preventivas en consulta con las comunidades de que se trate. En lo posible, se deberían evitar las actividades militares en los territorios indígenas, y a este respecto el Comité recuerda el artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁷¹. Los Estados partes no deberían exigir la conscripción de niños indígenas de menos de 18 años en las fuerzas armadas. Se alienta a los Estados partes a que ratifiquen y apliquen el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
 67. Se deberían prestar a los niños indígenas que hayan sido reclutados en conflictos armados los servicios de apoyo necesarios para reintegrarlos en sus familias y en sus comunidades. Según el artículo 39 de la Convención, los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o de conflictos armados. En el caso de los niños indígenas, al proceder de esta forma se debería tener debidamente en cuenta el origen cultural y lingüístico del niño.
 68. El niño indígena que haya sido desplazado o se haya convertido en refugiado debería recibir especial atención y asistencia humanitaria, prestadas de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural. Se deberían promover el regreso en condiciones de seguridad y la restitución de los bienes colectivos e individuales.

Explotación económica

69. El artículo 32 de la Convención dispone que todos los niños indígenas deben estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer la educación del niño, o que pueda ser nocivo para la salud del niño o para su desarrollo físico,

70 UNICEF, *Innocenti Digest*, N° 11, Asegurar los derechos de los niños indígenas, 2004, pág. 13.

71 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 30.

mental, espiritual, moral o social. Además, los Convenios de la OIT N° 138 (edad mínima) y N° 182 (peores formas de trabajo infantil) fijan parámetros para distinguir entre, por una parte, el trabajo infantil que hay que abolir y, por otra, el trabajo infantil que cabe aceptar, como las actividades que permitan a los niños indígenas adquirir aptitudes para ganarse la vida y conocer su identidad y su cultura. Se entiende por trabajo infantil el trabajo que priva al niño de su infancia, de su potencial y de su dignidad y que es nocivo para su desarrollo físico y mental⁷².

70. En la Convención sobre los Derechos del Niño hay disposiciones que se refieren a la utilización de niños en la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes (art. 33), a la explotación sexual (art. 34), a la trata de niños (art. 35) y al niño en conflictos armados (art. 38). Esas disposiciones guardan estrecha relación con la definición de las peores formas de trabajo infantil contenida en el Convenio N° 182 de la OIT. El Comité observa con profunda preocupación que la pobreza afecta en forma desproporcionada a los niños indígenas y que éstos están particularmente expuestos al riesgo de ser utilizados para el trabajo infantil, especialmente en sus peores formas, como la esclavitud, el trabajo en condiciones de esclavitud, la trata de niños, incluso para trabajos domésticos, la utilización en conflictos armados, la prostitución y los trabajos peligrosos.
71. Para prevenir la explotación del trabajo de los niños indígenas (al igual que de todos los demás niños) hay que aplicar un enfoque basado en los derechos y establecer un estrecho vínculo con el fomento de la educación. Los Estados partes, para erradicar efectivamente la explotación del trabajo infantil entre las comunidades indígenas, tienen que identificar las barreras que se interponen actualmente a la educación, así como los derechos y las necesidades concretas de los niños indígenas con respecto a la educación escolar y a la formación profesional. Con tal fin, hay que esforzarse especialmente por mantener un diálogo con las comunidades y los padres indígenas sobre la importancia y los beneficios de la educación. Para adoptar medidas contra la explotación del trabajo infantil es preciso además analizar las causas estructurales básicas de la explotación del niño, reunir datos y organizar y aplicar programas de prevención, que se llevarán a cabo en consulta con las comunidades y los niños indígenas y a los que el Estado parte deberá asignar recursos financieros y humanos suficientes.

La explotación sexual y la trata

72. Los artículos 34 y 35 de la Convención instan a los Estados, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 20, a cerciorarse de que los niños estén protegidos contra la explotación y el abuso sexuales, así como contra el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin. Preocupa al Comité que los niños indígenas en cuyas comunidades impera la pobreza y a las que afecta la migración urbana corran un alto riesgo de ser víctimas de la explotación sexual y de la trata. Las jóvenes, particularmente aquellas cuyo nacimiento no se ha inscrito, son especialmente vulnerables. Para mejorar la protección de todos los niños, en especial los indígenas, se alienta a los Estados partes

72 Directrices de la OIT para combatir el trabajo infantil entre los pueblos indígenas y tribales, 2006.

a que ratifiquen y apliquen el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

73. Los Estados, en consulta con las comunidades indígenas, incluidos los niños, deberían idear medidas de prevención y asignar recursos financieros y humanos expresamente destinados a ponerlas en práctica. Los Estados deberían basar las medidas de prevención en estudios en los que se documenten las tendencias de las transgresiones y en los que se analicen sus causas fundamentales.

Justicia juvenil

74. Los artículos 37 y 40 de la Convención enuncian los derechos del niño en el sistema judicial del Estado y en su interacción con éste. El Comité observa con preocupación que el índice de encarcelamiento de niños indígenas suele ser desproporcionadamente alto y que en algunos casos puede atribuirse a discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad⁷³. Para luchar contra esa elevada tasa de encarcelamiento, el Comité señala a la atención de los Estados partes el artículo 40, párrafo 3, de la Convención, con arreglo al cual los Estados deberán tomar medidas con respecto a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado. El Comité, en su Observación general Nº 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, así como en sus observaciones finales, ha afirmado sistemáticamente que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño no deberían utilizarse más que como último recurso⁷⁴.
75. Se alienta a los Estados partes a tomar todas las medidas procedentes para ayudar a los pueblos indígenas a organizar y poner en práctica sistemas tradicionales de justicia restaurativa, siempre que esos programas sean conformes a los derechos enunciados en la Convención, en particular el interés superior del niño⁷⁵. El Comité señala a la atención de los Estados partes las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, en las que se alienta a establecer programas comunitarios para prevenir esa delincuencia⁷⁶. Los Estados partes, en consulta con los pueblos indígenas, deberían tratar de apoyar el establecimiento de políticas, programas y servicios comunitarios que tengan en cuenta las necesidades y la cultura de los niños indígenas, de sus familias y de sus comunidades. Los Estados deberían proporcionar recursos suficientes a los sistemas de justicia juvenil, en particular los establecidos y aplicados por pueblos indígenas.
76. Se recuerda a los Estados partes que, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, todos los niños deberán tener la oportunidad de ser escuchados, ya directamente, ya por medio de un representante, en todo procedimiento judicial o penal que los afecte. En el caso de los niños indígenas, los Estados

73 Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párr. 6.

74 *Ibid.*, párr. 23.

75 Recomendaciones del Día de debate general sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 13.

76 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), 1990.

partes deberían adoptar medidas para proporcionar los servicios de un intérprete sin cargo alguno, de ser necesario, y para garantizar al niño asistencia letrada de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural.

77. Los profesionales que trabajan en las fuerzas del orden y en el poder judicial deberían recibir una formación apropiada sobre el contenido y el significado de las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos Facultativos, en particular la necesidad de adoptar medidas especiales de protección para los niños indígenas y otros grupos especiales⁷⁷.

OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES Y VIGILANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION

78. El Comité recuerda a los Estados partes que la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño los obliga a tomar medidas para hacer realidad todos los derechos consagrados en la Convención respecto de todos los niños que estén sometidos a su jurisdicción. La obligación de respetar y proteger exige que todo Estado parte vele por que el ejercicio de los derechos de los niños indígenas esté plenamente protegido contra cualquier acto que realice el Estado parte por mediación de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas o de cualquier otra entidad o persona situada dentro del Estado parte.
79. El artículo 3 de la Convención dispone que los Estados partes velen por que, en todas las medidas concernientes a los niños, una consideración primordial a la que se atenderá sea el interés superior del niño. El artículo 4 de la Convención dispone que los Estados partes deben adoptar medidas para dar efectividad a la Convención hasta el máximo de los recursos de que dispongan. Según el artículo 42, los Estados partes están obligados además a dar a conocer los principios y disposiciones de la Convención a los niños y a los adultos.
80. Los Estados partes, a fin de poner en práctica efectivamente los derechos que reconoce la Convención a los niños indígenas, tienen que promulgar las disposiciones legislativas apropiadas de conformidad con la Convención. Se deberían asignar recursos suficientes y adoptar medidas especiales en diversas esferas a fin de lograr efectivamente que los niños indígenas disfruten de sus derechos en pie de igualdad con los niños no indígenas. Se deberían adoptar nuevas disposiciones para reunir y desglosar datos y para establecer indicadores a fin de evaluar hasta qué punto se da efectividad a los derechos de los niños indígenas. Para que en la política y en la programación se tenga en cuenta el contexto cultural, los Estados partes deberían celebrar consultas con las comunidades indígenas y directamente con los niños indígenas. Se debería formar a los profesionales que trabajan con niños indígenas acerca de la forma de tener en cuenta los aspectos culturales de los derechos de los niños.
81. El Comité insta a los Estados partes a que, cuando sea procedente, integren mejor en los informes periódicos que le presenten la información relativa al ejercicio de los derechos de los niños indígenas y a la adopción de medidas

77 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párr. 97.

- especiales al respecto. El Comité pide además a los Estados partes que redoblen sus esfuerzos por traducir y difundir entre las comunidades y los niños indígenas información acerca de la Convención, de sus Protocolos Facultativos y del proceso de presentación de informes, a fin de que las comunidades y los niños indígenas participen activamente en el proceso de vigilancia. Además, se alienta a las comunidades indígenas a que utilicen la Convención como medio de evaluar la forma en que se hacen realidad los derechos de sus niños.
82. Por último, el Comité insta a los Estados partes a que adopten criterios fundados en los derechos con respecto a los niños indígenas sobre la base de la Convención y de otras normas internacionales pertinentes, como el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Para que se vigile efectivamente la aplicación de los derechos de los niños indígenas, se exhorta a los Estados partes a que estrechen su cooperación directa con las comunidades indígenas y, de ser necesario, recaben la cooperación técnica de organismos internacionales, entre ellos las entidades de las Naciones Unidas. Una mejor situación económica y social de los niños indígenas y el ejercicio efectivo de sus derechos a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso que, en armonía con sus obligaciones en materia de derechos humanos, cumpla esas obligaciones.

www.unicef.cl

Isidora Goyenechea 3322, Las Condes, Santiago

teléfono 2422 8800, fax 2422 8888

Para toda la infancia
Salud, Educación, Igualdad, Protección
ASÍ LA HUMANIDAD AVANZA

