

NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

MYLENE VALENZUELA REYES**

RESUMEN: En el ámbito internacional se han reconocido progresivamente derechos específicos para ciertos grupos, entre ellos para los niños, niñas y pueblos indígenas. En esta evolución ha sido fundamental el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que a través de su jurisprudencia ha elaborado criterios y consideraciones de la mayor relevancia que, aplicados de manera reiterada en situaciones similares, se pueden considerar como estándares de actuación. En los casos de niños indígenas, sus decisiones se han fundado en normas y principios de la Convención Americana en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, orientaciones y principios del Convenio 169 de la OIT y en algún caso, con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sin olvidar las consideraciones de género. Los niños indígenas poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, idioma y religión. El reconocimiento de sus tradiciones y valores es cimiento de un Estado culturalmente diverso que le exige una protección especial que asegure efectivamente que se tomen en consideración sus particularidades propias.

PALABRAS CLAVE: Infancia – niños indígenas – diversidad – Corte Interamericana de Derechos Humanos – jurisprudencia.

* Fecha de recepción: 17 agosto de 2015.

Fecha de aceptación: 4 de abril de 2016.

** Directora de la Clínica Jurídica de la Universidad Central de Chile (CHILE). Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (CHILE), magíster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, (ESPAÑA). Se ha desempeñado como profesional en los Ministerios de Justicia y Servicio Nacional de la Mujer. Fue observadora de derechos humanos en la Misión de Verificación en Guatemala (MINUGUA), fue integrante del Consejo Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Cursa el programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (ARGENTINA). Correo electrónico: mvalenzuelare@ucentral.cl

INDIGENOUS CHILDREN IN THE CASE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: In both, an international and regional setting, the specific rights of children and indigenous people have been progressively recognised. This progress has been fundamentally supported by the Inter-American Court, which through its jurisprudence has developed specific criteria and highly relevant deliberations to be applied repeatedly on a series of similar situations considered to be a standard of action. In the case of indigenous children, the decisions of the Court have been based on norms and principles of the American Convention. This, it has been carried out in accordance to the Convention of the Rights of the Child, the orientations and principles of Convention 169 of the ILO, and in some cases the UN Declaration on the Rights of Indigenous People, without forgetting gender considerations. Indigenous children possess a distinctive identity, strongly linked to their culture, language, religion and land. The recognition of their traditions and values is fundamental for a culturally diverse State; a recognition that demands from the State, a special kind of effective protection safeguarding a mindful consideration of the particularities of cultural diversity.

KEYWORDS: Infancy - Indigenous Children - Diversity - Inter-American Court - Jurisprudence

Sumario: Introducción. 1) Infancia indígena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1.1) Interpretación de los Tratados de derechos humanos y derechos de la infancia indígena; (1.2) Derechos de los niños y niñas indígenas en relación a los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNPI); (1.2.1) Reconocimiento de la personalidad jurídica de los niños y niñas y su derecho a la identidad colectiva; (1.2.2) Interés superior del niño y la niña; (1.2.3) No discriminación; (1.2.4) Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo con identidad; (1.2.5) Derecho del niño y niña a expresar su opinión, participar y ser consultado; (1.3) Identidad e integridad cultural de los niños y niñas indígenas; (1.4) Igualdad de género y repercusiones culturales. 2) Deberes y obligaciones de los Estados en relación a los niños y niñas indígenas. 3) Reflexiones finales. 4) Bibliografía. 5) Anexos.

INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas han emergido en el ámbito internacional como sujetos de derechos, poseedores de sistemas jurídicos y judiciales propios. Estos avances se deben fundamentalmente al desarrollo del De-

recho Internacional de los Derechos Humanos, la existencia de normas especiales sobre diversidad, no discriminación y la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en el año 1989¹ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNPI, 2007)². Una situación similar ha operado en materias de infancia donde los niños y las niñas, considerados antaño como objetos y luego sujetos de protección, han ganado protagonismo de manera paulatina, fundamentalmente a partir de la adopción de la Convención de los Derechos del Niño³ y de sus dos Protocolos Facultativos⁴. Estas disposiciones, junto a la Convención Americana (artículo 19) han configurado en la doctrina y jurisprudencia internacional la existencia de un *Corpus Iuris* de la Infancia, es decir un sistema de protección especial reforzada. En tanto, tratándose de la niñez indígena, se puede advertir la configuración de un “*Corpus Iuris* de la infancia indígena”, integrado por la Convención de los Derechos del Niño (artículo 30), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 27), Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Esto implica, entre otras cosas, que los Estados deben garantizar la integridad cultural de los niños en razón de su pertenencia indígena, así como prevenir y sancionar todas las formas de discriminación que les afecten.

Teniendo en vista las reflexiones anteriores, el presente trabajo tuvo por finalidad identificar los criterios y consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) presentes en los principales casos en los que se vulneraron derechos a los niños y niñas indígenas, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, Convenio 169 de la OIT y Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indí-

¹ Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989 (entrada en vigencia el 5 de septiembre de 1991). La Organización Internacional del Trabajo informa de 22 ratificaciones del Convenio 169 de la OIT. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:N° [fecha de visita: 17 de febrero de 2014].

² Aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la ONU. A/RES/61/295 de 13 de septiembre de 2007.

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

⁴ El primero de ellos relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de mayo de 2000, mediante Resolución A/RES/54/263, y en vigor desde el 18 de enero de 2002. El segundo protocolo sobre la participación de niños en los conflictos armados (2002), fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de mayo de 2000, mediante Resolución A/RES/54/263, en vigor desde el 12 de febrero de 2002.

⁵ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

genas. A fin de lograr este objetivo, se seleccionaron aquellos fallos que contenían la variable, *infancia* (niños, niñas como personas menores de 18 años de edad, según CDN) y el componente *indígena* (perteneciente a algún pueblo indígena, según el concepto contenido en el Convenio 169 de la OIT), lo que finalmente arrojó un total de catorce sentencias, en el período 1993-2012, de seis Estados de la Región Americana: Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay y Surinam, según se sintetiza en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1 Sentencias relevantes en materias de infancia indígena

Año	Sentencias
1993	Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam
2004	Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala
2005	a) Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam b) Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay c) Caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia
2006	a) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay b) Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia
2007	Caso del Pueblo Saramaca vs. Suriname
2008	Caso Tiu Tojín vs. Guatemala
2010	a) Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala b) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay c) Caso Rosendo Cantú y otra vs. México
2012	a) Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador b) Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala

Luego del análisis de estos instrumentos, se establecieron tres categorías, que dicen relación con: (1) Infancia indígena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2) Derechos de los niños en relación a los principios rectores contenidos en la CDN, Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos indígenas y (3) Deberes y obligaciones de los Estados en relación a los niños y niñas indígena. A partir de ellas, se fueron analizando y configurando los estándares de actuación de la Corte que se desarrollan a continuación.

1) INFANCIA INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos forman parte del Sistema de Protección Regional de los Derechos Humanos en América⁶. La Comisión tiene por función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos⁷. Por ello, puede recibir peticiones de cualquier persona, grupo de personas o entidades no gubernamentales, legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la Organización, que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención Americana de Derechos Humanos por un Estado parte⁸. La Corte tiene una función *jurisdiccional y consultiva*, en virtud de la cual puede conocer de cualquier materia relativa a la interpretación y aplicación de sus disposiciones que le sea sometida a su conocimiento, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia⁹, los que estarán obligados a hacer suyas las interpretaciones que la Corte realice de las normas de la Convención, así como acatar sus decisiones. Todo ello, en atención a que el propio Estado le entregó esas competencias convirtiéndolo en subsidiario y complementario al sistema jurisdiccional interno, sustrayéndoles a los tribunales de justicia nacional la interpretación final de las obligaciones internacionales en materias de derechos humanos¹⁰.

A partir de 1997, la Corte comenzó a desplegar su labor jurisdiccional en materias de infancia, con el caso conocido como “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala). Desde entonces, la Corte ha resuelto una serie de casos emblemáticos como Bulacio vs. Argentina (2003), “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay (2004), Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005), Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009), González y otras vs. México, llamado también “Campo Algodonero” (2009), Rosendo Cantú y otra vs. México (2010), Familia Barrios vs. Venezuela (2011), Gelman vs. Uruguay (2012), Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012), Familia Pacheco Tineo vs.

⁶ En este tema es necesario revisar el Estatuto de la Corte Interamericana aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, octubre de 1979 y Reglamento, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, noviembre de 2009.

⁷ Ver al respecto el artículo 41 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸ Artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁹ Competencia contenida en los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰ Ver NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003) “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 9, N° 1, pp. 403-466.

Estado plurinacional de Bolivia (2013) y recientemente el caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú (2015).

Por otra parte, la discusión en torno a los niños indígenas puede situarse el año 1993 con el caso Aloeboetoe vs. Surinam, siendo una de las víctimas un niño de 15 años, integrante del pueblo Saramaca. Si bien esta denuncia no conllevó un análisis en torno a los derechos de la infancia, contiene un reconocimiento explícito a la estructura social y familiar propia del pueblo Saramaca, que nos pareció relevante incluir, considerando el mandato establecido en el artículo 30 de la CDN.

(1.1.) INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LA INFANCIA INDÍGENA

En materias de interpretación, la Corte debe ceñirse a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y a la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 29). La Convención de Viena señala que un “*tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”¹¹.

En tanto, el artículo 29 de la CADH contiene la doctrina de la interpretación evolutiva de los Derechos Humanos. Es decir, los Tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, por lo que su interpretación debe estar acorde con la evolución de los tiempos, así como con las condiciones de vida actuales.

Como se podrá apreciar, esos criterios se encuentran presentes de manera explícita en seis de los casos analizados en el presente trabajo: *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (2006), *Pueblo Saramaca vs. Surinam* (2007), *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012) y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012)¹².

¹¹ CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969) Sección III, punto 31. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

¹² Nos referimos a las sentencias de fondo de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de los Casos: Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125 “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (fondo, reparaciones y costas), párr. 126, pp. 138-139; sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N° 148 “las Masacres de Ituango vs. Colombia”, párr. 244, pp. 95-96; sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” (fondo, reparaciones y costas), párrs. 186, 249, 263, pp. 46-47, 64, 67; CIDH serie C N° 250, párr. 143, pp. 58-59; sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N° 245. “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (fondo y reparaciones), párr. 161, pp. 43-44.

Así, por ejemplo, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la Corte señaló que al momento de interpretar un Tratado, no solo se deben tomar en cuenta los instrumentos y acuerdos formalmente relacionados con el caso, sino que además, se tendrá en consideración el sistema dentro del cual se inscribe. Asimismo se podrán utilizar instrumentos que no provengan del mismo sistema regional, siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano e incluso su legislación interna¹³. La Corte, en el caso mencionado, ha “interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua, Paraguay y Surinam, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT”¹⁴.

En materias de infancia, la jurisprudencia interamericana ha definido que los niños y las niñas gozan de un *Corpus Juris* de la Infancia¹⁵. De este modo, los niños, niñas y adolescentes cuentan con la protección establecida en el artículo 19 de la CADH¹⁶, debiendo el Estado “respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños y niñas en otros instrumentos internacionales aplicables”¹⁷.

Sumado a lo anterior, los niños y niñas indígenas gozan de una protección reforzada en consideración a su particular condición de vulnerabilidad e identidad cultural¹⁸, donde los principios de integridad cultural y no discriminación, constituyen una vía de interpretación transversal,

¹³ En el mismo sentido ver sentencias de fondo de la CIDH de los Casos: CIDH Serie C N° 125, párrs. 126, 138-139, pp. 78, 80-81; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de 15 de junio de 2005. Serie C N°124: “Comunidad Moiwana vs. Suriname” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrs. 86.39-86.41, p. 43; CIDH, serie C N° 146, párrs. 122-123, pp. 70; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172 “Pueblo Saramaca vs. Surinam” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrs. 106 a 117, p. 33-37; CIDH, Serie C N° 214, párr. 143, p. 38.

¹⁴ CIDH, Serie C N° 245, párr. 161 p.43.

¹⁵ Caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala” en su párr. 165 señala: “La Corte ha afirmado reiteradamente que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del corpus juris internacional de protección de los niños y en diversos casos contenciosos ha precisado el sentido y alcance de las obligaciones estatales que derivan del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N° 212 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”. párr. 165, p. 45.

¹⁶ Recordemos que el artículo 19 de la CADH dispone: “Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C N° 270, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, párr. 327, p. 115.

¹⁸ CIDH. Casos: Serie C N° 250, párr. 160, p. 63-64; CIDH, Serie C N° 245, párr. 213, p. 66.

un elemento para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y también por los ordenamientos jurídicos internos, de conformidad al artículo 29 letra (b) de la CADH¹⁹. El artículo 30 de la CDN establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma. El Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y adoptar medidas especiales teniendo presente los intereses y necesidades de los niños y niñas indígenas²⁰.

Las consideraciones expuestas se encuentran contenidas en el caso “Masacre Río Negro vs. Guatemala” (2012):

“142. Por otro lado, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos²¹ establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. A criterio de la Corte, “esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial. Por lo tanto, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño²². [...] Asimismo, la Corte ha afirmado reiteradamente que “tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar

¹⁹ CIDH. Casos: Serie C N° 250, párr. 160, p. 63-64; CIDH, Serie C N° 245, párr. 213, p. 66.

²⁰ Ver sentencias de fondo de la CIDH de los Casos: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134. “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”. Párrs. 152, 244, pp. 107-108, 142; CIDH, Serie C N° 148, párr. 244, pp. 95-96; CIDH, Serie C N° 212, párrs. 164, 165, 167, pp. 44-46; CIDH, Serie C N° 214, párr. 261; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211, “De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, párr. 184, p. 55; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C N° 216, “Rosendo Cantú y otra vs. México”, párr. 201; CIDH, Serie C N° 250, párr. 142.

²¹ CIDH, Serie C N° 250, párr. 142, p. 58.

²² Ver nota de la CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 56, y CIDH, Serie C N° 239, párr. 108.

el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos”²³.

(1.2.) DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS EN RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CONVENIO 169 DE LA OIT Y DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (DNPI)

Los principios generales del Derecho constituyen elementos fundamentales que son de frecuente utilización en el ejercicio jurisprudencial de la Corte, que permiten interpretar y aplicar un instrumento jurídico. Tal es el caso de la dignidad de la persona humana, de inalienabilidad de los derechos que le son inherentes²⁴ y el de reconocimiento y protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad²⁵. Este último, vinculado estrechamente al principio de interés superior del niño, en cuanto la familia constituye el núcleo central de protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, tal y como lo ha señalado la Corte en su Opinión Consultiva OC-17/2002²⁶.

Otros principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño y desarrollados por el Comité de los Derechos del Niño, son aquellos derechos referidos a la vida y a la obligación de los Estados Partes de garantizar, en la máxima medida posible, su supervivencia y su desarrollo (artículo 6 CDN), el de expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que lo afectan” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones (artículo 12 CDN). Tratándose de niños indígenas, se deben

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63. “Caso de los “Niños de la Calle” vs. Guatemala” (Fondo), párr. 194, y Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N° 242, párr. 137.

²⁴ Ver el voto razonado del Juez Cançado Trindade, A.A. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala párr. 16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C N° 105 (fondo). Caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”. Párr. 17.

²⁵ Principio consagrado en los artículos 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de Derechos Humanos, en términos generales disponen que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”. Este principio fue asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

²⁶ Ver al respecto el desarrollo de este tema particularmente en el Título VIII referido a los Deberes de la familia, la sociedad y el estado. Familia como núcleo principal de protección contenido en los párrs. 62 a 77 de la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. [fecha de visita: el 9 de febrero 2014].

considerar especialmente, el principio de no discriminación (artículo 2 de la CDN, artículo 3 del Convenio 169 de la OIT y artículo 2 de la Declaración de Naciones Unidas), y los derechos de consulta y participación regulados en el Convenio 169 de la OIT (artículo 6) y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (artículos 17, 18, 19, 38).

De lo expuesto, y a partir de las sentencias objeto de estudio, se identificaron seis categorías relevantes en materias de infancia indígena, que serán analizadas a continuación, según se pueden apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2: Principios rectores de la CDN en relación a los principios del Convenio 169 y DNPI analizadas

Principios	Normas relacionadas
Reconocimiento de la personalidad jurídica de los niños y su derecho a la identidad colectiva	Artículo 5 CDN y DNPI Artículo 7, 8, 30 CDN Artículo 1 C-169 OIT Artículo 9 DNPI
Interés superior del niño y de la niña	Artículo 3.1 CDN
Derecho a la no discriminación	Artículo 2 CDN Artículo 3 Convenio 169 OIT Artículo 2 DNPI
Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo con identidad	Artículo 6 CDN Artículo 7 C-169 OIT Artículo 23 DNPI Artículo 4 DNPI
Derecho del niño y la niña a expresar su opinión, participar y ser consultados	Artículo 12 CDN Artículo 6 C-169 Artículos 17, 18, 19, 38 DNPI

(1.2.1.) Reconocimiento de la personalidad jurídica de los niños y niñas y su derecho a la identidad colectiva

Como lo ha señalado la Corte en el caso Comunidad Indígena Xák-mok Kásek vs. Paraguay, la personalidad jurídica se traduce en el derecho que tiene toda persona a que *“se reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales [...] implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de*

*deberes*²⁷. De allí que la Corte no ha dudado en concebir al niño como un “verdadero sujeto de derecho y no solo como objeto de protección”²⁸ situando a la Convención de los Derechos del Niño como parte esencial del *Corpus Juris* de la Infancia. Vale decir, los niños y niñas son poseedores de los derechos que les corresponden a todos los seres humanos por ser tales, a los que se deben sumar los derechos especiales, derivados de su condición. Correlativamente, se establecen deberes específicos a la familia, a la sociedad, y al Estado, debiendo este último procurar medios y condiciones para su ejercicio libre y pleno²⁹.

La personalidad jurídica comprende el derecho a inscribir el nacimiento en los registros públicos (artículo 7 CDN), contar con un nombre, una nacionalidad, y resguardar las relaciones familiares y los vínculos con su entorno local. En materias indígenas cobra especial relevancia la relación directa que existe entre la personalidad jurídica y el derecho a la identidad colectiva. Reflejo de ello, son los derechos de los niños indígenas a preservar su identidad cultural³⁰, según lo señala el artículo 30 de la CDN, en consonancia con los artículos 1 del Convenio 169 de la OIT y 9 de la DNPI.

Las implicancias del reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas son jurídica y socialmente relevantes. Prueba de ello es el caso del Pueblo Saramaca vs. Surinam (2007)³¹, donde la Corte ordenó la reparación a las víctimas teniendo presente la estructura familiar propia de este pueblo (los “bëë”), en que el cuidado de la descendencia recae en el grupo comunal organizado según la línea matrilineal³². En la causa Rosendo Cantú vs México, la Corte señaló que la obligación de reparación puede requerir de medidas de alcance comunitario cuando las víctimas pertenezcan a una comunidad indígena, de-

²⁷ Ver CIDH. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay Serie C N° 214, párr. 248, p. 64.

²⁸ Ver CIDH (2002) Opinión Consultiva de la OC-17 párr. 28.

²⁹ Ver CIDH, Serie C N° 214, párr. 249. En el mismo sentido: CIDH, Serie C N° 134, párr. 152, p. 107-108; CIDH, Serie C N° 148, párr. 244; CIDH, Serie C N° 214, párrs. 249, 257, CIDH, Serie C N° 211, párr. 184, y CIDH, Serie C N° 212, párr. 156.

³⁰ Al respecto: RUIZ CHRIBOGA, Oswaldo (2006) “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”. *Revista Internacional Sur*, N° 5, Año 3, pp. 43-69. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf> [fecha de visita: 7 de marzo de 2014].

³¹ Ver CIDH, Serie C N° 172, párr. 100, p. 31. Este fallo reconoce a los clanes, como las entidades propietarias primarias de las tierras dentro de la sociedad Saramaca. “Cada ò es autónomo y es quien asigna los derechos de la tierra y los recursos entre los bëë (grupos familiares extendidos) y sus miembros individuales de conformidad con la ley consuetudinaria Saramaca”.

³² Ver documento de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000) *Situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. Capítulo III. Doctrina y jurisprudencia de la Comisión sobre derechos indígenas (1970-1999), punto 3. Protección a la Familia. OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62 de 20 octubre 2000. Disponible en: <http://www.cidh.org/indigenas/indice.htm>. [fecha de visita: 5 de febrero de 2014].

mostrando con ello, su apertura a considerar la dimensión colectiva de los derechos indígenas³³. Esto se planteó también, en los casos Aloeboetoe y otros vs. Surinam³⁴, Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004)³⁵, y Comunidad Moiwana vs. Surinam, donde estableció que las reparaciones individuales que se determinasen debían complementarse con medidas que se ordenaren a favor de la comunidad como un todo³⁶.

Por otra parte, existen algunas consideraciones que realiza la Corte referidas al ejercicio efectivo del derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y la responsabilidad del Estado de garantizar este derecho. De los casos analizados, en cuatro de ellos se pudieron apreciar graves violaciones a este derecho: Aloeboetoe vs. Surinam (1993), Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006), De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009) y Masacre Río Negro (2012). En el primero de ellos, la Corte declaró la responsabilidad del Estado ante la falta de servicios de identificación, y por tanto, la imposibilidad de exigirles a los denunciantes *“que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región”*³⁷. Respecto de la Comunidad Sawhoyamaxa, hace presente los problemas que deben sortear las familias indígenas debido a las condiciones precarias de su existencia, que se manifiestan, por ejemplo en los impedimentos geográficos y económicos para obtener documentos de identidad, registros de nacimientos, defunciones y ejercer de esta manera sus derechos, libertades civiles y derechos colectivos³⁸, barreras que los Estados deben superar, creando las condiciones necesarias para el acceso o creación de aquellos servicios que se requieran. En el caso de las masacres Dos Erres³⁹ y Río Negro, analizó las graves consecuencias producidas

³³ CIDH, Serie C N° 216 párr. 206, p. 75.

³⁴ CIDH, Serie C N° 11, párrs. 96 y 97, p.25.

³⁵ CIDH, Serie C N° 105, párr. 86, p. 85.

³⁶ CIDH, Serie C N° 124, párr. 194, p. 79.

³⁷ CIDH, Serie C N° 11, párr. 64, p. 17.

³⁸ En el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006), la Corte expresa: *“191. Igualmente, se desprende de los hechos que los miembros de la Comunidad viven en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, por lo que tienen serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el debido registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos de identidad. En tal sentido, el señor Carlos Marecos, líder de la Comunidad, expresó que: En cuanto a la documentación personal los indígenas siempre tuvimos muchos problemas, hasta ahora hay gente que nunca tuvo documentos, hay casos de personas que tiene cédulas recién después de viejos, porque nunca fueron a Asunción. Trabajan en las estancias así nomás sin documentos [...] ni siquiera mis hijos tienen cédulas, tenemos que ir a Asunción para sacar la partida de nacimiento y luego la cédula, pero el pasaje es caro, no es fácil viajar [...]. Los niños que nacen en la Comunidad, en su mayoría no son registrados. [...] Las personas que mueren tampoco son registradas”*. CIDH, Serie C N° 146, párr. 191, p. 88.

³⁹ Es así como en este caso, el párr. 157, consigna: *“157. En cuanto a Ramiro Osorio Cristales, los representantes alegaron la violación de los derechos a la familia y al nombre, reconocidos en los artículos 17 y 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que “[f]ue obligado a vivir [...] con una familia que no era la suya y con un nombre distinto al que le dieron sus*

para las familias indígenas, tales como separación forzada de sus familias, sustracción, retención ilegal de niños cometidas por los militares, que implicaron la violación de los derechos a la familia y al nombre, afectando su identidad⁴⁰.

(1.2.2.) Interés superior del niño y la niña

El principio del interés superior del niño se encuentra presente en la CDN, que lo consagra, aunque sin definirlo. Es así como en su artículo 3.1 señala que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Quien desarrolla in extenso este principio es el Comité de los Derechos del Niño. En su Observación N° 14 (2013)⁴¹, este órgano considera que se trata de un derecho sustantivo, un principio y una norma de procedimiento basado en una evaluación de todos los elementos del interés, de uno o varios niños, en una situación concreta. Es un principio jurídico interpretativo fundamental cuyo objetivo primordial es *“garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”*⁴².

La Corte, en diversos fallos referidos a la niñez indígena ha hecho suyas las interpretaciones del Comité de los Derechos del Niño. Es así como en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010) ha señalado que *“la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”*. En el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (2006), ha reafirmado la especial gravedad que revisten los casos de violación de los derechos humanos que afectan a los niños, titulares de derechos especiales derivados de su condición y donde

padres” y “se le impuso un nombre distinto al suyo, afectando su identidad”. Además, alegaron la violación del artículo 19 de la Convención, dado que el Estado no tuvo en cuenta el interés superior del entonces niño Ramiro Osorio Cristales “al mantenerlo alejado de su familia, con otro nombre y otra identidad y [...] obviando toda gestión para identificar y ubicar a su familia biológica con el fin de devolverlo a su seno”.

⁴⁰ CIDH, Serie C N° 211, párr. 177, p. 51.

⁴¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1). Disponible en: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf [fecha de visita: 7 de febrero de 2014].

⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14, párr. 4 señala: *“El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”*. Reproduce lo dicho antes en su Observación General N° 5, párr. 12.

“rige el principio del interés superior de los mismos, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁴³.

Cuadro N° 3: Interés Superior del niño contenido en sentencias de casos sobre infancia indígena analizadas

Año	Sentencias sobre Infancia-Indígena Corte Interamericana de Derechos Humanos
2005	Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 172 Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, párrs. 152, 244
2006	Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 244
	Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 177
2009	Caso Masacres Dos Erres vs. Guatemala, párrs. 157, 184
2010	Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, párr. 164
	Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 257
	Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, párrs. 201, 288
2012	Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, párrs. 120, 142

(1.2.3.) Derecho a la no discriminación

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas define la discriminación como: *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁴⁴.*

⁴³ CIDH, Serie C N° 148, párr. 244, p. 96.

⁴⁴ Ver Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, supra nota 87, párr. 6. Citado por ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012) “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ‘Atala Riffo y niñas vs. Chile’, de 24 de febrero de 2012”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N° 1, pp. 429-468.

El principio de no discriminación prohíbe todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención⁴⁵. Como se ha señalado en el caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, “*existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones erga omnes de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de jus cogens fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos*”. Por ello, los Estados tienen un “*deber especial de protección que [...] debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*”⁴⁶. Por otra parte, les exige actuar con la debida diligencia y cuidado, evitando que sus agentes atenten contra los derechos humanos, absteniéndose de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto (obligaciones negativas)⁴⁷.

Así, debe adoptar medidas específicas apropiadas para proteger y preservar los derechos conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio⁴⁸, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (obligaciones positivas). Un ejemplo de estas medidas, son aquellas destinadas a asegurar el acceso a la justicia a personas indígenas⁴⁹, a tener intérpretes o facilitadores interculturales durante los procesos judiciales, según lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT⁵⁰, o el derecho de las personas con discapacidad a contar con asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e

⁴⁵ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr. 103. En http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf [fecha de visita: 9 de febrero de 2014].

⁴⁶ CIDH, Serie C N° 134, párr. 178, p. 116.

⁴⁷ Ver CIDH. Serie C N° 214, párr. 187, p. 47.

⁴⁸ Ver al respecto ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2009) “Más allá de la caridad: De los derechos negativos a los deberes positivos generales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, pp. 621-638.

⁴⁹ Caso Tiu Tojín vs. Guatemala (2008) “100. Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros del pueblo indígena Maya– y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso”. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala* (2008), párr. 100, p. 35.

⁵⁰ Caso Tiu Tojín vs. Guatemala (2008) “100. Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros del pueblo indígena Maya– y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”. CIDH, Serie C N° 134, párr. 178, p. 116.

intérpretes profesionales de la lengua de señas⁵¹. En el caso de los niños y niñas indígenas, los Estados tienen la obligación complementaria de tomar en cuenta su situación de especial vulnerabilidad, sus características económicas, sociales, sus formas de vida propia⁵², valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario⁵³.

De esta forma, el derecho de no discriminación, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser interpretado en relación a los artículos 2 de la Convención de los Derechos del Niño, 3 del Convenio 169 de la OIT y 2 de la DNPI. Este último prevé que *“los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”*⁵⁴.

(1.2.4.) Derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo con identidad

El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo se encuentra contenido en el artículo 6 de la CDN, en relación con los artículos del Convenio 169 de la OIT, 7 (proceso de desarrollo), 25 (salud), 26 a 29 (educación), y a las disposiciones de DNPI: 14, 15 (educación), 23 (derecho al desarrollo) y 24 (salud).

El derecho a la vida es fundamental, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos, como lo señala la Corte en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), pues comprende *“no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”*.

En el caso de los niños, la existencia digna es de naturaleza holística, es decir, abarca su “desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”, en particular los derechos a la educación desde una perspectiva etnoeducativa, el cuidado de la salud, el acceso a los servicios y recursos, como el agua y la alimentación, que constituyen los pilares fundamentales para garantizar a los niños el disfrute de una vida digna.

⁵¹ Artículos 4 (h) y 9 (d). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/61/106 del 13 de diciembre de 2006. En: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Documents/disabilities-convention.htm> [fecha de visita: 20 de diciembre de 2013].

⁵² Ver en el mismo sentido: CIDH, Serie C N° 125, párr. 63, CIDH, Serie C N° 146, párr. 83; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C N° 190, “Caso Tiu Tojín vs. Guatemala”, párr. 96, p. 34.

⁵³ Ver párr. 184 del caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010) [fecha de visita: 9 de febrero de 2014].

⁵⁴ Artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Tratándose de niños y niñas indígenas, el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, a juicio de la Corte, debe considerar además todos aquellos aspectos relevantes de su identidad cultural como son, su idioma, cultura, religión, y principalmente la relación con su hábitat. La pérdida de su territorio constituye un grave atentado contra su identidad especialmente en los casos de desplazamiento forzado. En estas situaciones, los niños se ven expuestos a riesgos excepcionales que impiden su desarrollo e inclusión en su entorno social tradicional, privándolos de su cultura y costumbres, compeliéndolos a vivir en condiciones indignas en las que se hace imposible ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población.

El alejamiento de sus territorios ancestrales implica, no solo una pérdida cultural y espiritual, sino que además puede conllevar *“situaciones excepcionales de discriminación tales como el rechazo por sus pares”*⁵⁵. Como lo ha señalado en el caso *Chitay Nech vs. Guatemala*, el desarrollo pleno y armonioso de los niños indígenas requiere el *“formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”*⁵⁶. “Vida”, “identidad cultural” y “territorio” son tres conceptos indefectiblemente entrelazados, como lo expresa el juez A. A. Cançado Trindade, en su voto razonado en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006):

“28. El derecho a la vida es, en el presente caso de la Comunidad Sawhoyamaya, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural. Dicha identidad se forma con el pasar del tiempo, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad.

Un atentado a la identidad cultural, como ocurrido en el presente caso de la Comunidad Sawhoyamaya, es un atentado al derecho a la vida lato sensu, del derecho de vivir, con las circunstancias agravantes de los

⁵⁵ CIDH, Serie C N° 270, párr. 305, p. 110.

⁵⁶ CIDH, Serie C N° 212, párr. 169, pp. 46-47; en el mismo sentido, CIDH, Serie C N° 214; CIDH, Serie C N° 250, párr. 144, 258, pp. 59, 91.

*que efectivamente fallecieron. El Estado no puede eximirse del deber de debida diligencia para salvaguardar el derecho de vivir*⁵⁷.

(1.2.5) Derecho del niño y la niña a expresar su opinión, participar y ser consultados

De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño (Observación general N° 12) el interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño y la niña a expresar libremente sus opiniones y a que estas se tengan debidamente en cuenta en todos los asuntos que les afectan, poniendo de relieve la interrelación del artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12 de la CDN. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para recabar las opiniones del niño o la niña, en su dimensión individual y colectiva y su inclusión en todos los asuntos que les afectan. Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de sus facultades (artículo 5). En la medida que va logrando un mayor desarrollo y madurez, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Tratándose de niños y niñas indígenas, estas disposiciones deberán interpretarse de conformidad a los derechos de participación y consulta consagrados en el Convenio 169 de la OIT (artículo 6) y de la Declaración de Naciones Unidas de 2007 (artículos 17, 19, 38).

Los Estados deben garantizar a través de mecanismos adecuados y pertinentes la representación de los niños y niñas indígenas, de conformidad a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT y DNPI. Es decir, las consultas deberán ser formales, llevarse a cabo de buena fe, a través de mecanismos apropiados, adaptados a las circunstancias culturales y de contexto de cada pueblo y localidad, por medio de instituciones representativas y con el objetivo de alcanzar un acuerdo o lograr un consentimiento pleno, libre e informado. Los pueblos indígenas deben tener la oportunidad de intervenir en cada etapa y nivel: en la formulación, diseño, implementación, monitoreo y evaluación del objeto materia de la consulta. En este orden, el examen del caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012)⁵⁸, nos permite observar cómo la Corte hace suya las recomendaciones internacionales en materias de participación y consulta indígena, al ella misma escuchar “*numerosas declaraciones de miembros de Sarayaku, entre ellos jóvenes, mujeres, hombres, ancianos, niñas y niños de la comunidad, quienes compartieron sus experiencias, percepciones y expectativas*

⁵⁷ CANÇADO TRINDADE A.A. (2006), voto razonado del juez. Sentencia CIDH. Serie C N° 146, p. 134.

⁵⁸ CIDH, Serie C N° 245, p. 43.

*acerca de sus modos de vida, cosmovisión y lo que han vivido en relación con los hechos del caso*⁵⁹.

Por otra parte, la Corte en este mismo caso entrega los siguientes parámetros:

“159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural”.

(1.3.) INTEGRIDAD CULTURAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

En virtud del artículo 8 CDN, los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño y niña a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas. Según lo dispone el artículo 30 CDN, a los niños que pertenezca a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, o que sean indígenas, el derecho que le corresponden, 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.

En tanto, el Convenio 169 de la OIT junto con la Declaración de Naciones Unidas (2007) dotan de contenido a las normas generales y específicas aplicables a los niños y niñas, pues estos instrumentos concentran las orientaciones y consensos internacionales (*jus cogens*) en materias indígenas, donde el centro son los derechos a la identidad propia en su vertiente individual. Como lo ha señalado la Corte, este derecho se convierte en *“vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos”*⁶⁰.

Los Estados deben respetar los derechos de los niños y niñas a su cosmovisión, formas de vida y en general a su cultura, que corresponde *“a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo”*⁶¹. En diversos casos la Corte ha sido enfática en señalar que los niños indígenas poseen una identidad distintiva que los vincula con su cultura, idioma y

⁵⁹ CIDH, Serie C N° 245, párr. 21, p. 9.

⁶⁰ CIDH, Serie C N° 245, párr. 213, p. 66.

⁶¹ Ver CIDH, Serie C N° 125, párr. 135, p. 79.

religión. El reconocimiento de tradiciones y valores colectivos de las culturas indígenas es cimiento de un Estado culturalmente diverso⁶².

Lo anterior, constituye un imperativo para los Estados al momento de considerar derechos sociales como el de educación (educación intercultural), salud (derechos a disfrutar de la medicina indígena y de la no indígena), vivienda o situación familiar (derechos a la familia de origen, mantención de lazos con su comunidad, adopción, separación o divorcio de sus padres); goce y ejercicio de su libertad de conciencia y religión cimientos de la sociedad democrática, de opinión y expresión, derechos lingüísticos, en espacios públicos y privados. Por otra parte, la identidad diferenciada de los niños indígenas crea obligaciones para los Estados, que se traducen en la adopción de todas las medidas adecuadas y necesarias dirigidas a promover y proteger el derecho de estos a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión, idioma y en su propio territorio.

Especial mención cabe realizar a la relación existente entre la identidad cultural y la territorialidad indígena. La Corte ha reconocido la vinculación del desarrollo de los niños con su entorno natural, el que no solo es necesario para la subsistencia económica sino que además constituye “un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.

Como ya lo había señalado la Corte en los casos Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), los indígenas tienen una estrecha relación con la tierra, que debe ser *“reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”*. Esta relación *“no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*⁶³.

El “territorio”, como elemento sustancial a la identidad cultural de los niños, es magistralmente capturado en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, al destacar que:

“87. “[...] la pérdida de las condiciones naturales de vida de esta comunidad afectó todos los elementos de la cultura Maya Achi”. Implicó la pérdida de “la relación que tenía con la naturaleza”, de “la celebración de las fiestas tradicionales ligadas a la agricultura y el agua”, del “contacto con [sus] principales lugares sagrados y cementerios, que eran referentes culturales de los ancestros y de la historia de su pueblo”, así como de los elementos materiales para la producción artesanal y musical. Igualmente,

⁶² Ver CIDH, Serie C N° 250, CIDH, Serie C N° 125, Serie C N° 212.

⁶³ Ver CIDH Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79 “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, párr. 149, pp. 101, p. 78.

la comunidad sufrió la “destrucción de [su] estructura social [...]”, puesto que “se redefini[eron] forzosamente las relaciones con otras personas, situación que afectó principalmente a los niños de ese entonces, influyendo en las formas de traspaso transgeneracional de la cultura...”

(1.4.) IGUALDAD DE GÉNERO Y REPERCUSIONES CULTURALES

Las consideraciones de género⁶⁴ en el análisis de los hechos, argumentaciones y, en definitiva, en la resolución de un caso, ya son una realidad en el espacio judicial⁶⁵, a pesar de las complejidades que esto conlleva. Conocidos son los avances que ha realizado la Corte en la incorporación de este enfoque, en sentencias tan notables como el Penal Miguel Castro Castro vs. Perú⁶⁶; González y otras vs. México (Campo Algodonero)⁶⁷.

En materias de infancia y género, la Observación General N° 11 del Comité de los Derechos del Niño, 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 niño”*⁶⁸. Esto hace referencia a prácticas que vulneran los derechos de las niñas como son por ejemplo, los matrimonios de niños, matrimonios concertados, y las mutilaciones genitales.

Ahora bien, respecto a las sentencias analizadas en el presente trabajo, cuatro casos contienen la dimensión de género: Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala⁶⁹, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala⁷⁰, Masacres de Río Negro vs. Guatemala y Rosendo Cantú vs. México⁷¹. En el caso Masacre Río Negro vs. Guatemala, la Corte destaca la gravedad que

⁶⁴ Concordantes con la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas reconocen la igualdad de jure y de facto que deben gozar hombres y mujeres, sus disposiciones se deben aplicar sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos (Art. 3 y 20.3 Convenio 169 OIT y 44 de la Declaración). No obstante ello, el Estado debe prestar particular atención a los derechos y necesidades especiales de las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas (Art. 21.2 Declaración).

⁶⁵ Ver FERNÁNDEZ CHONG CUY, María Amparo (2011) “Jurisprudencia y perspectiva de género”. *Cuestiones Constitucionales*, N° 25, pp. 339-352.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C N° 160, “Caso Miguel Castro Castro vs. Perú”, párr. 58, p. 17.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, “Caso González y otras vs. México (Campo Algodonero)”. Ver párrs. 61, 83, 128, 133, 134, 135, 140, 143, 150, 153, 164 y 231.

⁶⁸ OBSERVACIÓN GENERAL N° 11 (2009), párr. 22, p. 5.

⁶⁹ CIDH, Serie C N° 105, párr. 49, p. 19.

⁷⁰ CIDH, Serie C N° 211. párr. 139.

⁷¹ CIDH, Serie C N° 216. párr. 123, p. 40.

reviste para el pueblo maya la violencia sexual contra las mujeres, dirigida y planificada contra el pueblo maya para socavar su espíritu⁷² doblegarlos, y causarles sufrimientos, todo ello en atención a que las mujeres en la comunidad y en la cultura maya, son quienes “*tienen a su cargo la reproducción social del grupo[... y] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad*”⁷³. En el caso del desplazamiento forzado, las consecuencias culturales son evidentes al forzar a las mujeres a cambios de roles y responsabilidades, fundadas en la necesidad de garantizar las necesidades básicas de las familias⁷⁴.

En tanto, en el caso Rosendo Cantú, la Corte estableció que las *violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas*, son prácticas dirigidas “*a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual*”⁷⁵. De allí que el Estado fuere responsable por el incumplimiento del deber de debida diligencia y cuidado, contenido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁷⁶.

Por último, cabe tener presente que frente a víctimas indígenas habrá de aplicarse la noción de *interseccionalidad*⁷⁷ por las múltiples formas de discriminación que pueden estar presentes, ya sea en razón de su sexo, edad, pobreza, discapacidad, etnicidad o condición de niñez, lo cual constituye una situación distinta de discriminación.

⁷² Ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7 sobre crímenes de lesa humanidad. En vigor desde el 2 de julio de 2002. Disponible en: [http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [fecha de visita: 9 de febrero de 2014].

⁷³ CIDH, Serie C N° 250, párr. 59, p. 25.

⁷⁴ Al respecto la Corte hace suyas las consideraciones de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violación de derecho contra las mujeres desplazadas: “[...] *las mujeres desplazadas han tenido que asumir la responsabilidad de sostenimiento económico de sus familias, aprender a conocer y desempeñarse en el mundo de lo público cuando tienen que acudir a las diversas agencias estatales y privadas para gestionar asistencia humanitaria, entre otras actividades*”. CIDH. Caso, serie C N° 270, párr. 308, p. 111.

⁷⁵ Al respecto en el caso Río Negro, la Corte señala: “59. *Igualmente, este Tribunal ha establecido que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual. Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u “operaciones de tierra arrasada”, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual [...]*”. Ver además Caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C N° 116, párr. 49, p. 19; Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, supra, párr. 139, e Informe “Guatemala, Memoria del Silencio”, supra, capítulo segundo, tomo II, párr. 1363.

⁷⁶ Ver CIDH, Serie C N° 216, párr. 121 [fecha de visita: 9 de febrero de 2014].

⁷⁷ El concepto de interseccionalidad lo introduce Kimberlé Crenshaw en la Conferencia Mundial contra el Racismo en Sudáfrica en 2001.

2) DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN A LOS NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

Tratándose de niños y niñas indígenas, la obligación general de garantía contenida en el artículo 1.1. de la CADH se ve reforzada por el deber especial de protección contenido en el artículo 19 de la CADH en relación al artículo 30 de la CDN, y disposiciones aplicables del Convenio 169 de la OIT, todo ello en atención a los principios rectores contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, en especial del interés superior del niño y el derecho a ser escuchado. En virtud de estas normas, los Estados tienen la obligación de entregar una protección especial a los niños y niñas indígenas en razón de sus necesidades distintas derivadas de su pertenencia étnica, y mayor vulnerabilidad, especialmente de aquellos que viven en comunidades pobres, aisladas o que han sido despojados de sus territorios o se han visto afectados por conflictos armados⁷⁸.

En términos generales, el Estado debe cumplir con la obligación adicional (complementaria) del artículo 30 de la Convención sobre Derechos del Niño de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma⁷⁹.

La Corte ha señalado que revisten especial gravedad las violaciones masivas a derechos humanos, que suelen afectar con mayor intensidad a los ancianos, mujeres y niños⁸⁰. En estas acciones, los niños y niñas se ven expuestos, como lo señaló en el caso Río Negro vs. Guatemala (2012) a “multiplicidad de violaciones a sus derechos humanos, siendo víctimas directas de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias, torturas, secuestros, violaciones sexuales y otros hechos violatorios a sus derechos fundamentales”⁸¹.

⁷⁸ En esta última hipótesis, existe la prohibición de reclutamiento de niños “en las fuerzas armadas o grupos armados distintos a estas y de su utilización en las hostilidades, en contravención del corpus juris internacional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C N° 299, *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, párr. 151, p. 52.

⁷⁹ El caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010) establece: 164. El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. A criterio de la Corte, “esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”. Debe entonces el Estado asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño [...]”. En el mismo sentido, ver: CIDH, Serie C N° 125, párr. 172; CIDH, Serie C N° 134, párr. 152; CIDH, Serie C N° 146, párr. 177; CIDH, Serie C N° 212, párr. 169; CIDH, Serie C N° 214, párr. 26; CIDH, Serie C N° 216, párr. 201 y CIDH, Serie C N° 250, párr. 144.

⁸⁰ Ver CIDH Serie C N° 148, párr. 244; CIDH Serie C N° 134, párr. 152; CIDH, Serie C N° 125, párr. 172.

⁸¹ CIDH, Serie C N° 250, párr. 60, p. 25.

Las vulneraciones graves a los niños y niñas son utilizadas para torturar a sus familias y quebrantar el espíritu de la comunidad.

La sentencia de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), sintetiza de manera extraordinaria lo hasta aquí expresado, al señalar:

“163. En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT”.

La protección especial que gozan los niños y niñas se debe reflejar en los procedimientos administrativos y judiciales en “los que se resuelva sobre sus derechos, lo cual implica una protección más rigurosa del artículo 8 y 25 de la Convención [Americana]”. De este modo, el Estado tiene la obligación de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), causas que deben ser sustanciadas de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1). Para estos efectos, los Estados deben adoptar medidas apropiadas, de orden administrativo, legislativo y de otra índole, hasta el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad a los derechos de los niños. Dichas medidas les deben permitir gozar por ejemplo, no solo del derecho a la vida, sino que a gozar de una “existencia digna”. Para ello, se deben generar las condiciones de vida compatibles con la dignidad de la persona humana, teniendo a la vista necesidades particulares de los niños y niñas, y las múltiples o agravadas formas de discriminación que pueden estar presentes, como por ejemplo, niñas indígenas privadas de libertad o en situación de discapacidad.

Como lo indica el Comité de los Derechos del Niño⁸², para que los derechos de los niños cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar los daños ocasionados y hacer frente a las relaciones de poder y dependencia con los adultos, que pueden ser sus propios agresores. Consciente de esta realidad, la Corte en su Opinión Consultiva OC-17/2002, insta a los Estados a *la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores*⁸³.

Los Estados deben lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta sus necesidades y circunstancias específicas, y que contemplen, al menos las medidas señaladas en la Observación General N° 5 del Comité, entre ellas: (a) el suministro de información adaptada a las necesidades del niño o la niña, (b) el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, (c) acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria, (d) reparación apropiada, incluyendo una indemnización, (e) adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, cuando sea pertinente.

A lo anterior se deben adicionar las recomendaciones de la Observación General 12 del Comité⁸⁴, relativa al derecho de los niños a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales como derecho de cada niño⁸⁵ y como derecho de un colectivo de niños. Insta de manera especial a los Estados a realizar *“un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario”*⁸⁶.

Concordante con el desarrollo de estos derechos, la Corte ha establecido un conjunto de obligaciones para los Estados en materias procesales, entre ellas:

(a) deber estatal de adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños durante investigaciones ministeriales y denuncias penales,

⁸² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observaciones Generales N° 5: *Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño*. CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Serie A, N° 17, párr. 98, pp. 126 y 73.

⁸⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009) Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 de 20 de julio, Ginebra párr. 64, p. 33, párr. 21, pp. 9-10.

⁸⁵ A este respecto ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100 “Caso Bulacio vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96, 126 y 134; CIDH, Serie C N° 63, párrs. 146 y 191 y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrs. 56 y 60.

⁸⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009) 10.

(b) suministrar información adecuada y escuchar a los niños y niñas asegurando su protección, (c) implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a las necesidades particulares de los niños y niñas, (d) asistencia letrada y de otra índole, defensa eficaz de sus derechos, gratuitas, en todo momento, de acuerdo con sus necesidades, (e) adoptar medidas especiales tratándose de niños víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato: garantizar su derecho a ser escuchados, existencia de personal idóneo, capacitados para atenderlos, salas de entrevistas que representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, (f) evitar victimizaciones, sufrimientos y traumas durante los procesos: evitar que los niños y niñas sean interrogados en más ocasiones que las necesarias en lugares inadecuados.

REFLEXIONES FINALES

La Corte ha establecido y sentado en su jurisprudencia que los niños y las niñas gozan de un Corpus Juris de la Infancia conformado principalmente por las normas de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 19), que implica gozar de una protección especial, en razón de su condición de niños. En los casos de afectación de derechos a la infancia indígena, el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño, establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma. El Estado debe asumir una posición de garante, con mayor cuidado y responsabilidad, adoptando medidas especiales, teniendo presente los intereses y necesidades de los niños y niñas indígenas⁸⁷ de conformidad a los principios rectores contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, que serán interpretados a la luz del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas (2007). Así, el principio del interés superior o el derecho a ser escuchado, habrán de ser conjugados teniendo a la vista los principios de no discriminación e integridad cultural⁸⁸.

Un elemento esencial para los pueblos indígenas es su territorio, espacio en que se reproduce la cultura y del que depende el desarrollo armonioso y pleno de la personalidad e identidad cultural de los niños y niñas. Como lo ha determinado la Corte, los niños indígenas, requieren

⁸⁷ Ver CIDH: Serie C N° 134, párrs. 152, 244; CIDH, Serie C N° 148, párr. 244; CIDH, Serie C N° 211, párr. 184; CIDH, Serie C N° 212, párr. 164, 165, 167; CIDH, Serie C N° 214, párr. 261; CIDH, Serie C N° 216, párr. 201; CIDH, Serie C N° 250, párr. 142.

⁸⁸ CIDH, Serie C N° 245, párr. 213, p. 66.

crecer y formarse dentro de su entorno natural, en atención a esta especial relación que existe con sus territorios. Se trata entonces, de un derecho fundamental, de naturaleza colectiva, que debe ser respetado por una sociedad multicultural, pluralista y democrática: la diversidad como hecho y como parte del sustrato ético de todo Estado. La coexistencia del derecho a la igualdad y del derecho a la diversidad supone el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, naciones o grupos que alberga en su interior. En síntesis, implica el reconocimiento –en pie de igualdad– a la multiplicidad de formas de organización social y de políticas diversas a los sistemas hegemónicos que imperan en la actualidad.

Los estándares internacionales, que ha ido forjando la Corte en los casos de niños indígenas, son hechos de la mayor relevancia al configurarse como exigencias normativas y éticas de la justicia internacional, que deben ser respetados por los Estados, y específicamente por los jueces internos, al ejercer el control de convencionalidad, en virtud del cual tienen el deber de reputar inválidas las normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y hacer suyas las interpretaciones realizadas por la Corte, entre ellas, los paradigmas de la interpretación evolutiva de los derechos humanos. En este orden de ideas, las construcciones jurídicas de la Justicia Regional permiten identificar las condiciones, consideraciones y criterios técnicos que los jueces de las más altas magistraturas debieren resguardar para alcanzar desde esa vereda las exigencias que impone un estado multicultural, bases para un futuro y pleno reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y del *Ius Commune Americanus*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- FERNÁNDEZ CHONG CUY, María Amparo (2011) “Jurisprudencia y perspectiva de género”. *Cuestiones Constitucionales*, N° 25, pp. 339-352.
- NACIONES UNIDAS (2012) “Desafíos”. *Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, N° 14, septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.unicef.org/lac/Desafios-14-CEPAL-UNICEF.pdf>
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003) “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9, N° 1, pp. 403-466.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo (2006) “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”. *Revista Internacional Sur*, N° 5, Año 3, pp. 43-69. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf> [fecha de visita: 7 de marzo de 2014].

- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010) “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, N° 1, pp. 117-136. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005. [fecha de visita: 11 de enero de 2016].
- VILLORO, Luis (1998) *Del Estado homogéneo al Estado plural. Estado plural, pluralidad de culturas*. México: UNAM/Editorial Paidós, pp. 13-62, p. 20.
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2009) “Más allá de la caridad: De los derechos negativos a los deberes positivos generales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, pp. 621-638. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200017&script=sci_arttext&tlng=e [fecha de visita: 17 de enero de 2016].
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012) “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, caso ‘Atala Riffo y niñas vs. Chile’, de 24 de febrero de 2012”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N° 1, pp. 429-468.
- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. OBSERVACIONES GENERALES. Disponible en: <http://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>
- Observaciones Generales N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003.
- Observación General N° 11 (2009) Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. 50° período de sesiones, Ginebra.
- Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 de 20 de julio, Ginebra.
- Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS

- DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2007) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/61/106, de 13 de septiembre de 2007.
- CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES (1989) Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. Entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Caso de los “Niños de la Calle” (Fondo) de 19 de noviembre 1999. (Sentencia de Reparación), 26 de mayo de 2001. Serie C N° 63.
- Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam (Reparaciones y Costas). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15.
- Caso de la Comunidad Mayagana (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79.
- Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (Fondo), Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C N° 105 y Serie C N° 116.
- Caso “Instituto de Reeducción del menor” vs. Paraguay (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112.
- Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C N° 124.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo Reparaciones y Costas), Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N° 125.
- Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146.
- Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N° 148.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160.
- Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.
- Caso Tiu Tojín vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C N° 190.
- Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.
- Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211.

- Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N° 212.
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costa), Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214.
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216.
- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N° 245, Párrafo 161.
- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C N° 250.
- Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N° 272.
- Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C N° 270.
- Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C N° 299.