78

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Derechos humanos de la mujer e infancia indígena

Jorge Errandonea
Nancy Hernández
Alexei Julio
Patricia Pérez Goldberg

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

2025

Jorge Errandonea

Jorge Errandonea es abogado y licenciado en relaciones internacionales de la Universidad de la República en Uruguay, además obtuvo un Master en ciencias sociales de América Latina en el Instituto de Altos Estudios de América Latina (IHEAL) de la Universidad La Sorbonne Nouvelle Paris III. Actualmente, se desempeña como abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica.

Nancy Hernández

Abogada, Máster en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica y Doctora Honoris Causa por el Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP). Fue magistrada titular de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y actualmente ocupa el cargo de Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Alexei Julio

Abogado, Máster en Economía de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Se ha desempeñó como Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente es director jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y docente de la Universidad Externado de Colombia.

Patricia Pérez Goldberg

Abogada, Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctora en Derecho por la Universidad de Valparaíso y Doctora Honoris Causa por California Western School of Law. Se ha desempeñado como defensora penal pública (2000-2010), como ministra de Justicia de Chile (2012-2014) y actualmente ocupa el cargo de jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

Derechos humanos de la mujer e infancia indígena
MATERIALES DOCENTES 78

© Jorge Errandonea, Nancy Hernández, Alexei Julio y Patricia Pérez Goldberg, por los textos, 2025

Los autores agradecen la colaboración de Esteban Oyarzún y de Milagros Mustios

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2025
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

Edición: Academia Judicial y Tirant lo Blanch
Diseño: Tirant lo Blanch

Todos los derechos reservados.

Resumen

El sistema judicial chileno enfrenta el importante reto de integrar los derechos humanos de los pueblos indígenas, especialmente de mujeres y niños, en su práctica cotidiana. Para alcanzar este objetivo, el presente material elaborado por la Academia Judicial propone abordar aspectos como el reconocimiento de los pueblos originarios en el derecho internacional, las medidas especiales para la infancia indígena y los derechos particulares de las mujeres indígenas. Cada sección del material busca ofrecer herramientas concretas y comprensivas para una correcta aplicación de los mandatos internacionales sobre la materia. En el caso de los niños indígenas, se enfatiza la necesidad de proteger su identidad cultural y bienestar integral, mediante protocolos y políticas adaptadas. Para las mujeres indígenas, se destaca un enfoque basado en capacidades y se reconoce su situación de invisibilidad y vulnerabilidad estructural, proponiendo acciones específicas que garanticen su acceso equitativo a la justicia y su protección frente a la violencia.

Contenido

5 **Introducción**

8 **Capítulo 1**
Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional

53 **Capítulo 2**
La Protección Especial de las niñas y niños indígenas o pertenecientes a comunidades tribales

135 **Capítulo 3**
Derechos humanos de las Mujeres Indígenas

Introducción

El sistema judicial de Chile afronta el desafío de integrar adecuadamente en su praxis los derechos humanos de las comunidades indígenas, enfocándose especialmente en las mujeres y niños, alineándose así con compromisos internacionales. Este desafío trasciende las obligaciones legales, adentrándose en el terreno de la responsabilidad moral y ética, lo que requiere un compromiso profundo con la equidad y la sensibilidad cultural. Para lograrlo, es importante que jueces y funcionarios judiciales se sometan a una capacitación rigurosa en esta materia, garantizando una práctica judicial que sea verdaderamente inclusiva y respetuosa con la diversidad.

Este manual emerge como una herramienta relevante, estructurada en tres segmentos esenciales: el reconocimiento de los pueblos indígenas bajo el derecho internacional, las medidas de protección especiales para la infancia indígena y los derechos específicos de las mujeres indígenas. Cada sección aborda distintas facetas de los derechos humanos desde la perspectiva de los pueblos originarios, ofreciendo a los operadores judiciales una comprensión integral que es aplicable al contexto jurídico actual.

La importancia de familiarizarse con la cosmovisión y las particularidades culturales de los pueblos indígenas constituye la piedra angular de la primera sección del manual. Este conocimiento es fundamental para abordar de manera efectiva los casos judiciales que involucran a estas comunidades, ofreciendo un tratamiento justo y contextualizado que responde adecuadamente a sus necesidades y derechos únicos.

La protección especial de los niños y niñas indígenas se aborda en la segunda sección, reconociendo su vulnerabilidad y la necesidad de salvaguardas adicionales por su condición. Se examinan protocolos específicos que facilitan su acceso a la justicia, asegurando un equilibrio entre la protección de su bienestar y el respeto a su identidad cultural.

En esa parte, se subraya la importancia de políticas de educación y salud adaptadas a sus necesidades culturales, así como la necesidad de evitar prácticas que pongan en riesgo su identidad cultural, incluyendo la detención. El manual destaca la necesidad de un enfoque que valore su bienestar integral respetando sus raíces y tradiciones.

La tercera parte del manual se dedica a los derechos de las mujeres indígenas, destacando la necesidad de un marco normativo e institucional que garantice su protección. Introduce el enfoque de capacidades como paradigma teórico para la interpretación judicial, enfatizando la importancia de considerar las capacidades y contextos reales de estas mujeres para garantizar una justicia genuinamente equitativa.

El manual también enfatiza la invisibilidad y las desventajas estructurales que enfrentan las mujeres indígenas, proponiendo medidas para mejorar su acceso a la justicia y resalta estándares nacionales e internacionales destinados a fortalecer la protección de sus derechos. Es un llamado a reconocer y actuar frente a las violencias específicas que las afectan, buscando siempre reforzar su agencia y protección:

Este documento no solo busca informar, sino también transformar la práctica judicial en Chile, incentivando un proceso de formación continuo que permita a jueces y funcionarios judiciales abrazar una perspectiva más amplia, justa y culturalmente sensible. La capacitación en estos temas se plantea no como una opción, sino como una necesidad urgente para avanzar hacia una justicia que realmente atienda y respete la diversidad y la riqueza cultural de los pueblos indígenas.

Al enfocar la atención en la capacitación de jueces y funcionarios judiciales, el manual reconoce la posición crucial que estos profesionales ocupan en el proceso de garantizar la justicia para las comunidades indígenas. Su formación en estos temas específicos es esencial para superar prejuicios, brechas de conocimiento y para asegurar que las decisiones judiciales se tomen con plena conciencia de las realidades culturales y sociales que enfrentan estas comunidades.

La meta final de este manual y de la capacitación que promueve es contribuir a la creación de un sistema judicial que no solo comprenda los marcos legales internacionales, nacionales y locales sobre los derechos de los pueblos indígenas, sino que también entienda profundamente sus contextos culturales y sociales, aplicando esta comprensión para proteger y promover sus derechos de manera efectiva. Es fundamental que los jueces y funcionarios judiciales sean capaces de interpretar y aplicar las normas de manera que respeten plenamente las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, asegurando que sus derechos sean protegidos no solo en teoría, sino en la práctica diaria de los tribunales.

Por ello, la capacitación debe abordar no solo el conocimiento teórico de las disposiciones aplicables sino también el desarrollo de habilidades prácticas para el manejo culturalmente sensible de los casos que involucran a comunidades indígenas. Esto incluye, entre otros aspectos, la co-

municación efectiva y respetuosa con miembros de pueblos indígenas, la comprensión de la importancia del territorio y los recursos naturales para estas comunidades, y la consideración de las formas tradicionales de resolución de conflictos.

La implementación de este enfoque requiere no solo de voluntad política y judicial sino también de recursos adecuados para la formación y actualización constante de los profesionales del derecho. Es necesario crear espacios de diálogo y aprendizaje que permitan la interacción entre el sistema judicial y las comunidades indígenas, promoviendo un entendimiento mutuo y el respeto por la diversidad cultural.

Además, el manual hace hincapié en la necesidad de adoptar un enfoque de género en el tratamiento judicial de los casos que afectan a mujeres indígenas, reconociendo las múltiples formas de discriminación que pueden enfrentar y buscando garantizar su protección efectiva contra la violencia y el abuso. La sensibilización sobre estas cuestiones dentro del sistema judicial es crucial para abordar adecuadamente los desafíos que enfrentan las mujeres indígenas en el acceso a la justicia.

Para los niños y niñas indígenas, se destaca la importancia de considerar el principio del interés superior del niño en todas las decisiones judiciales que los afecten, asegurando que sus derechos a la identidad, la educación y la protección sean siempre prioritarios. El manual sugiere que los jueces y funcionarios judiciales se familiaricen con los estándares internacionales en materia de derechos de la niñez, adaptándolos a los contextos culturales específicos de los niños y niñas indígenas.

El manual concluye resaltando la importancia de una justicia reparadora y conciliadora que busque no solo resolver conflictos sino también promover la armonía social y el entendimiento entre las comunidades indígenas y el resto de la sociedad. La capacitación en estos principios y prácticas debe ser vista como un compromiso a largo plazo que requiere de una actualización y reflexión constantes por parte de los profesionales del derecho.

En definitiva, la capacitación especializada en los derechos humanos de las mujeres y niños indígenas se presenta como un requisito indispensable para que el sistema judicial de Chile cumpla con sus obligaciones internacionales y nacionales, promoviendo una justicia que sea verdaderamente inclusiva, equitativa y respetuosa de la diversidad cultural. La realización de este objetivo contribuirá significativamente a la construcción de una sociedad más justa y armónica, donde los derechos de todos los ciudadanos, especialmente los de los grupos más vulnerables, sean plenamente reconocidos y protegidos.

Capítulo 1

Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional

Históricamente, y desde una perspectiva comparada, los pueblos indígenas han enfrentado enormes desafíos en el reconocimiento y protección de sus derechos. De acuerdo a datos del Banco Mundial, se estima que hay 476 millones de personas indígenas en todo el mundo. Si bien constituyen sólo un 6% de la población total, representan alrededor del 19% de las personas extremadamente pobres y su esperanza de vida es hasta 20 años inferior a la de las personas no indígenas[1].

Estas dificultades son particularmente evidentes en Chile, que no sólo exhibe una deuda en el reconocimiento constitucional de dichos pueblos, sino que presenta significativas deficiencias para asegurar el efectivo ejercicio de sus derechos.

Este capítulo busca describir las implicancias del reconocimiento de pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, comenzando por deslindar conceptualmente los términos que habitualmente se usan en la materia, haciendo una referencia a los pueblos y comunidades indígenas en Chile y reseñando el *corpus juris* nacional e internacional sobre los derechos humanos de dichos pueblos. Con base en tal sustrato normativo, se plantea un prisma de interpretación de los derechos humanos a partir de la cosmovisión indígena, para concluir esbozando las tensiones que existen entre las posturas universalistas y relativistas, en el contexto de la discusión contingente sobre multiculturalismo y derechos humanos.

El examen de estos contenidos permitirá adquirir una visión general sobre los desafíos colectivos que enfrentan los pueblos indígenas, para posteriormente poder desarrollar herramientas específicas que permitan avanzar en la protección jurisdiccional de los derechos de las mujeres, niños y adolescentes indígenas.

Regresando entonces a nuestro punto de partida, es preciso indicar que el análisis de los derechos de que son titulares los pueblos indígenas,

1 Véase página web del Banco Mundial https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples.

en tanto sujetos de derecho internacional, ha sido abordado desde distintos ángulos. Un pilar fundamental de dicho estudio ha sido, sin duda, el que se ha realizado con base en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Como es sabido, en su virtud se reconoce a los pueblos indígenas como poseedores de derechos colectivos, tales como el derecho a la consulta previa y a la participación antes de la promulgación de cualquier medida estatal que les afecte directamente. Dicho instrumento ha sido una herramienta fundamental en la tutela de los derechos económicos de los pueblos indígenas (Naranjo Luzuriaga y Bonilla Jurado, 2022) y ha cumplido un rol clave en la construcción del discurso acerca de los derechos de las comunidades indígenas, particularmente en el contexto de las tensiones que subyacen en materia de desarrollo económico y manejo de los recursos naturales.

En este sentido, por ejemplo, el debate en torno al derecho a la consulta indígena ha sido analizado en relación a su derecho a la participación y autodeterminación (Alvez Marín y Becker, 2020). Ello da cuenta de la relevancia de la discusión en torno al contenido del marco jurídico que debiera regular la participación de dichas comunidades, en el proceso de adopción de decisiones que afectan sus derechos e intereses. Adicionalmente, el papel que han jugado los organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la OIT en la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas ha dado lugar a distintas líneas de investigación académica, como por ejemplo la identificación de una transición desde el colonialismo hacia el multiculturalismo en la comprensión de los derechos indígenas (Rodríguez-Piñero, 2004).

Por otra parte, el concepto de autodeterminación de los pueblos indígenas en el ámbito del derecho internacional también ha dado lugar a extensos desarrollos que han incluido discusiones acerca de los límites y el ámbito de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Originarios (Machuca Pérez, 2016), votada favorablemente por Chile en 2007. Lo anterior refleja el esfuerzo por establecer parámetros conforme a los cuales los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho a la autodeterminación, conforme al derecho internacional. Más aún, se ha subrayado la necesidad de avanzar hacia una concepción intercultural de los derechos humanos, que reconozca sus diversas prácticas y perspectivas culturales (Munhós *et al.*, 2021).

Bajo este encuadre, el Convenio 169 ha sido crucial en el perfilamiento del panorama normativo internacional de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, lo que releva la importancia que tienen los trata-

dos internacionales de cara al establecimiento de un marco normativo que reconozca y garantice los derechos de dichos pueblos. En Chile, fue justamente a raíz de la ratificación de dicho Convenio, por parte del Congreso Nacional en 2009, que los pueblos indígenas comenzaron a ser reconocidos como sujetos de derecho internacional. Sin embargo, pese a tales avances, el aseguramiento de estos derechos en la práctica ha enfrentado desafíos, particularmente en materia de implementación de la consulta indígena.

En síntesis, los derechos de los pueblos indígenas en Chile han sido analizados latamente en distintas dimensiones, incluyendo el ámbito de los derechos económicos, la autodeterminación, las concepciones interculturales de los derechos y el rol de las convenciones internacionales, lo que ha contribuido a una mejor comprensión tanto de los marcos normativos vigentes como también de los desafíos que enfrentan los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional.

a) Nomenclatura: poblaciones indígenas, etnias indígenas, naciones indígenas y pueblos tribales

Los términos *poblaciones indígenas, etnias indígenas, naciones indígenas y pueblos tribales* se utilizan para describir a los grupos de personas que comparten una identidad cultural y ancestral común, pero cada uno tiene matices específicos y poseen diferencias que son útiles comprender.

1. *Pueblos indígenas*: este término se refiere a los grupos de personas que tienen una continuidad histórica con las sociedades precoloniales y anteriores a las invasiones que tuvieron lugar en sus territorios. Se consideran distintos de otros colectivos que forman parte de las sociedades que ahora prevalecen en dichos territorios o en parte de ellos. Estos grupos tienen la voluntad de conservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones, tanto sus territorios ancestrales como su identidad étnica. Dicho de otra forma, se suele emplear este término para aludir a los habitantes originarios de un área específica determinada, que poseen lazos culturales e históricos compartidos (TallBear, 2013).
2. *Etnias indígenas:* se denomina etnia a un grupo humano que comparte una cultura, una historia y costumbres, y cuyos miembros están unidos por una conciencia de identidad. En el contexto de los pueblos indígenas, una etnia indígena sería un grupo específico dentro de la población indígena más amplia que comparte una identidad cultural y ancestral común. En este sentido las etnicida-

des indígenas pondrían aglutinar a distintos grupos culturales y sociales dentro de una población indígena, caracterizándose por una lengua, tradiciones y estructuras sociales específicas (Subramanian *et al.*, 2006).

3. *Naciones indígenas*: se utiliza esta noción para describir a los grupos indígenas que han logrado un cierto grado de autonomía política o que buscan un mayor reconocimiento de su soberanía sobre sus tierras ancestrales. A menudo, las naciones indígenas tienen sus propias estructuras de gobierno y sistemas legales, y buscan ser representadas por sus líderes y organizaciones tradicionales. Asimismo, suelen sustentar reclamos territoriales (Wheeler *et al.*, 2020).
4. *Pueblos tribales*: este término se emplea para hacer referencia a los grupos que, aunque comparten características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes a las de otros grupos de la comunidad nacional, se identifican con sus territorios ancestrales y están regulados, al menos en parte, por sus propias normas, costumbres o tradiciones. También se ha señalado que son típicamente grupos más pequeños dentro de un pueblo indígena que tienen prácticas sociales y culturales diferentes (Mallard *et al.*, 2021).

Es importante destacar que estos términos no son mutuamente excluyentes y pueden superponerse en muchos contextos. Además, la autoidentificación como indígena o tribal es un criterio para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones contenidas en los convenios internacionales.

Además, es relevante señalar que el proceso de definición y comprensión de lo que constituyen los pueblos o comunidades indígenas ha experimentado una evolución significativa en el ámbito del derecho internacional, según apunta Alva-Arévalo (2020). Es importante destacar que los criterios utilizados para definir estos conceptos varían considerablemente entre los grupos étnicos de Asia o África en comparación con aquellos aplicados en América, donde el criterio de "prioridad temporal" en la ocupación del territorio presenta características distintas (Sanders, 1999; Alva-Arévalo, 2020). De manera específica, mientras que en las Américas durante los siglos XVIII y XIX, el proceso de colonización y formación del Estado implicó la negación de derechos y un tratamiento discriminatorio hacia los pueblos indígenas en contraste con los colonos europeos, África enfrentó desafíos diferentes. Estos incluyeron la división arbitraria de su territorio por potencias europeas

que se encargaron de la administración de estos territorios y la protección de sus habitantes originarios bajo el régimen de fideicomisos, tal como se estableció en la Conferencia de Berlín (Anaya, 2010).

Por esta razón, como argumenta Martínez (1999), en contextos asiáticos y africanos resulta más apropiado emplear el término "pueblos minoritarios" en vez de "pueblos indígenas" para describir a aquellos que se diferencian del conjunto mayoritario de la sociedad. Sin embargo, la inexistencia de mecanismos adecuados para su defensa ha conllevado a que estos grupos o minorías sean identificados y considerados como indígenas, al menos hasta la instauración del Grupo de Trabajo sobre Minorías de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en el ámbito de las Naciones Unidas (Barume, 2010; Alva-Arévalo, 2020; Stevenhagen, 1985). En suma, la preferencia que se planteó durante un período de tiempo por designar a estas minorías como pueblos indígenas surge, en gran medida, debido a la falta de un marco específico para su reconocimiento y protección a nivel internacional, según señala Alva-Arévalo (2020). Esa necesidad dejó de existir en la actualidad.

Actualmente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes articula una serie de requisitos para identificar a los pueblos indígenas. Plantea tres criterios objetivos, los cuales implican una continuidad histórica desde la conquista o colonización o el asentamiento de las fronteras actuales (por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales); una conexión territorial (son descendientes de grupos o comunidades o pueblos que se encontraban en esos territorios) (Alva-Arévalo, 2020), y se requiere además que conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas que los distingan de los otros sectores de la colectividad nacional (artículo 1.a y 1.b del Convenio 169). El Convenio aclara que estos criterios resultan definitorios cualquier sea la situación jurídica actual de esos grupos.

El criterio subjetivo se relaciona con la autoidentificación y se encuentra establecido en el artículo 1.2 del Convenio 169 que lo define como "la conciencia de su identidad indígena" la cual resulta fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio (Organización Internacional del Trabajo, 2009; Alva-Arévalo, 2020; Corte IDH, 2015).

Desde una perspectiva general, estas distinciones son esenciales en diversos contextos, como por ejemplo en materia de políticas públicas. Así pues, en el ámbito de la salud pública, las disparidades entre las poblaciones indígenas y no indígenas (Aguilar Peña *et al.*, 2020) *subrayan* la importancia de reconocer los desafíos sanitarios específicos a los que se enfrentan las comunidades tribales y la necesidad de una detallada recopilación de datos (Mallard *et al.*, 2021; Haring *et al.*, 2021). Además, en el contexto de los derechos políticos, se ha planteado que el reconocimiento de las distintas naciones indígenas y grupos tribales es fundamental para fomentar las relaciones entre gobiernos y garantizar los derechos de estas comunidades (Cattelino, 2010; Bowman-Farrell, 2019).

Por otra parte, en el específico ámbito de lo jurídico estas distinciones también cobran relevancia, puesto que el reconocimiento de las mismas es crucial para salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas y tribales, y garantizar su autonomía, autodeterminación e integridad cultural. Un ejemplo de ello se encuentra en el ejercicio del derecho a la consulta previa, aspecto fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La distinción entre naciones indígenas y pueblos tribales adquiere importancia a este respecto, ya que subraya la necesidad de enfoques diferenciados para la consulta y el compromiso basados en las estructuras de gobierno y la organización social específicas de estos grupos. Además, el reconocimiento de las etnias indígenas es esencial para defender el derecho a la integridad cultural y a la autodeterminación.

El derecho internacional de los derechos humanos hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales. Al reconocer las distintas etnias indígenas, los marcos jurídicos pueden adaptarse para abordar los derechos culturales y lingüísticos únicos de estas comunidades, garantizando que se respeten y preserven sus identidades.

Adicionalmente, el reconocimiento jurídico de las poblaciones indígenas y los pueblos tribales está estrechamente vinculado a la aplicación de políticas públicas integradoras y culturalmente sensibles. La distinción entre estos grupos es pertinente en el contexto de la formulación y aplicación de la Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés) y otras iniciativas políticas, ya que requiere la inclusión de los derechos humanos, étnicos y de género en los procesos de toma de decisiones, especialmente en regiones con una presencia indígena y tribal significativa.

En conclusión, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, las distinciones conceptuales entre pueblos indígenas, etnias, naciones y pueblos tribales son indispensables para garantizar la protección de sus derechos, incluido el derecho a la consulta previa, la integridad cultural y la libre determinación. Al reconocer y respetar estas distinciones, las políticas públicas, los marcos jurídicos y la interpretación judicial pueden adaptarse para abordar las necesidades y los derechos específicos de las comunidades indígenas y tribales, fomentando así un enfoque de decisión más integrador y en clave de derechos.

b) Los pueblos y comunidades indígenas en Chile

La Ley 19.253 de 1993 reconoce los siguientes pueblos originarios o indígenas: Mapuche, Aimara, Rapa Nui, Atacameño, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar (o Alacalufes) y Yámana (o Yagán). En virtud de la Ley 21.117 de 2006, se reconoció al pueblo Diaguita y, mediante la Ley 21.273 de 2020, al pueblo Chango. Por su parte, el pueblo tribal Afrodescendiente Chileno fue reconocido en 2019 por la Ley 21.151.

En la actualidad se encuentra en tramitación legislativa un proyecto de ley que busca el reconocimiento legal del pueblo Huilliche. En septiembre de 2023 concluyó la tramitación del que perseguía el reconocimiento del pueblo Selk'nam. El pueblo Aónikenk (o Tehuelche) carece de reconocimiento legal y, a la fecha, no se registra ningún proyecto de ley en tal sentido.

Desde el punto de vista demográfico, de acuerdo a los datos recogidos por el último Censo de Población y Vivienda en Chile (2017), un total de 2.185.792 personas se autoidentificaron como indígenas, lo que equivale al 12,8% de la población total.

Tabla. Población que se considera perteneciente a un pueblo indígena u originario según pueblo

Pueblo	Casos	Porcentaje (%)
Mapuche	1.745.147	79,8
Aymara	156.754	7,2
Rapa Nui	9.399	0,4
Lican Antai	30.369	1,4
Quechua	33.868	1,5

Pueblo	Casos	Porcentaje (%)
Colla	20.744	0,9
Diaguita	88.474	4,1
Kawésqar	3.448	0,1
Yagán o Yámana	1.600	0,1
Otro	28.115	1,3
Pueblo ignorado	67.874	3,1
TOTAL	**2.185.792**	**100,0**

Fuente: Instituto Nacional de Estadística, 2011[2]

Los pueblos indígenas que aumentaron su población en relación al censo anterior fueron: el Pueblo Mapuche que registra casi 1.800.000 personas, un aumento de 7,9%; el Pueblo Aymara con 156.000 personas, aumentando en un 7,17%; y, el Pueblo Diaguita que registra una población de 88.000 personas, con un aumento de 4,05% en comparación con el censo previo.

Estos números reflejan el crecimiento sostenido de la población indígena en Chile, especialmente en áreas urbanas, donde la proporción de miembros indígenas es más alta (87,8%) en comparación con zonas rurales (12,2%).

Los pueblos indígenas en Chile enfrentan desafíos persistentes en diversas dimensiones. Desde una perspectiva sociocultural, estas comunidades históricamente han experimentado la marginación y han luchado por mantener su identidad cultural y derechos territoriales (Fuentes, 2017; Figueroa Huencho, 2021; Grimaldi, 2019). Económicamente, las poblaciones indígenas en Chile han enfrentado niveles más altos de pobreza y un acceso limitado a recursos y oportunidades, lo que contribuye a las disparidades socioeconómicas (Fuentes, 2017). Geográficamente, estas comunidades se concentran principalmente en regiones específicas, como la Araucanía, donde los conflictos territoriales y los problemas de derechos de tierras han sido recurrentes (Figueroa Huencho, 2021; Grimaldi, 2019).

2 Instituto Nacional de Estadística (2017). *Síntesis de resultados Censo 2017*. Disponible en http://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf

En lo que atañe al acceso a la educación y la justicia, los pueblos indígenas en Chile han desafiado obstáculos, incluyendo recursos educativos limitados y falta de relevancia cultural en el plan de estudios, así como desafíos para acceder a sistemas de justicia justos y culturalmente sensibles (Fuentes, 2017). Además, la participación política y la representación de las comunidades indígenas han sido áreas de preocupación, con discusiones sobre el reconocimiento de sus derechos y el impacto de las decisiones políticas en su bienestar (Fuentes, 2017; Figueroa Huencho, 2021).

Conforme a los registros de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), existen 3.213 comunidades y 1.843 asociaciones indígenas, sin embargo, su impacto en la adopción de decisiones que les atañen ha sido modesto. En efecto el papel de los pueblos indígenas en el diseño e implementación de las políticas ambientales y de cambio climático ha sido objeto de debate, con discusiones sobre su participación en los procesos de adopción de decisiones y el reconocimiento de sus "conocimientos, innovaciones, prácticas, instituciones y valores" (Millaleo Hernández, 2020; Grimaldi, 2019).

En resumen, los pueblos indígenas en Chile continúan lidiando con desafíos socioculturales, económicos y políticos, que incluyen problemas relacionados con la pobreza, la educación, la justicia, los derechos territoriales y la representación política. Abordar estos desafíos multifactoriales requiere enfoques integrales y culturalmente sensibles que reconozcan y respeten los derechos y la autonomía de las comunidades indígenas.

Desde el punto de vista jurídico, una de las deudas más elocuentes en relación a los pueblos indígenas en Chile es la ausencia de su reconocimiento a nivel constitucional. A pesar de la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169, la actual Constitución no ha reconocido explícitamente los derechos de los pueblos indígenas (Peñafiel, 2022). Las demandas por el reconocimiento de los pueblos indígenas han constituido uno de los ejes centrales de discusión en el proceso de reforma constitucional chileno (Peñafiel, 2022). En especial, las tensiones que subyacen en la relación entre el Estado chileno y el pueblo mapuche han relevado la necesidad de un reconocimiento constitucional, particularmente en el contexto de las demandas de autodeterminación y devolución de tierras y recursos para el desarrollo indígena (Treek y Opazo, 2020; Valdivieso, 2016; Akthar,

2013; Richards, 2013; Richards, P., & Gardner, J. A., 2013; Rolf Foerster, J. Vergara, 2000).

En este contexto, se ha hecho hincapié en la inclusión de los derechos indígenas en el arquetipo constitucional chileno, lo que refleja la centralidad de los derechos indígenas en el debate constitucional en América Latina (Harpe, 2021; Fuentes, 2017; Pehrson & Brown 2011; Huencho, 2021; Morris 2021). Como es sabido, la propuesta de nueva Constitución rechazada en 2022 incluía disposiciones orientadas al reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, se planteaba la creación de un Estado plurinacional, la protección de los derechos de propiedad sobre tierras y recursos, la consulta en asuntos que les afectasen y la institución de un cupo de escaños reservados en órganos representativos nacionales.

c) El *corpus iuris* internacional y nacional en materia de derecho indígena

En las últimas décadas se han experimentado cambios sustanciales en el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas, de su identidad, autonomía y autodeterminación, derecho de participación en los asuntos que les afecten, sobre su derecho a la recuperación de sus tierras y la protección de sus recursos naturales. Particularmente, en América Latina el marco normativo internacional de protección de los pueblos indígenas ha tenido una amplia aceptación y repercusión, convirtiéndose en la región del mundo donde los derechos de los pueblos indígenas han adquirido mayor desarrollo y relevancia institucional.

Al hablar del *corpus iuris*, o "cuerpo" del derecho, nos referimos a aquellos elementos que integran un marco jurídico de referencia para la interpretación, y consecuente garantía, de los derechos humanos de este grupo en situación de vulnerabilidad. De acuerdo con lo señalado por la Corte IDH (1999), el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Para efectos pedagógicos, los dividimos en la siguiente clasificación:

1. Tratados e instrumentos internacionales

Los tratados son acuerdos que se celebran entre dos o más Estados, se rigen por el derecho internacional y tienen efectos jurídicos vinculantes, es decir, con su ratificación las partes se obligan a cumplirlo. Podemos identificarlos bajo diferentes denominaciones: Convenio, Convención o Pacto.

En este bloque sobre normativas relacionadas con la temática, se encuentran las siguientes:

1.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El PIDCP, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, es un instrumento internacional que reconoce una serie de derechos civiles y políticos, incluyendo los derechos de los pueblos indígenas.

En materia indígena, el PIDCP destaca los siguientes derechos:

- Derecho a la no discriminación. El artículo 27 del PIDCP reconoce el derecho de las minorías a gozar de su propia cultura, practicar su propia religión y usar su propio idioma. Este derecho se aplica a los pueblos indígenas, que se consideran una minoría cultural. Tal formulación implica que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad cultural, incluyendo su lengua, sus costumbres y sus tradiciones.
- Derecho a la participación en la vida pública. El artículo 25 del PIDCP reconoce el derecho de todas las personas a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Este derecho se aplica a todos los seres humanos, incluidos los pueblos indígenas. Tal nomenclatura implica que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en el gobierno y la toma de decisiones que les afecten directamente.

Estos derechos son fundamentales para el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas como sujetos colectivos con derechos y obligaciones propios.

1.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El PIDESC, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, es un instrumento internacional que reconoce una serie de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo los derechos de los pueblos indígenas.

En materia indígena, el PIDESC destaca los siguientes derechos:

- Derecho a la autodeterminación. El artículo 1 del PIDESC reconoce el derecho de los pueblos a la autodeterminación, que incluye el derecho a la libre determinación interna y el derecho a la independencia. Este derecho ha sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) como que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la toma de decisiones sobre las cuestiones que les afecten directamente, incluyendo el derecho a la consulta previa.
- Derecho a la tierra y al territorio. El artículo 11 del PIDESC reconoce el derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado, lo que incluye el derecho a una vivienda adecuada. Este derecho ha sido interpretado por el CESCR como que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad de sus tierras y territorios tradicionales.
- Derecho a la identidad cultural. El artículo 15 del PIDESC reconoce el derecho de todas las personas a la participación en la vida cultural. Este derecho ha sido interpretado por el CESCR como que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad cultural, incluyendo su lengua, sus costumbres y sus tradiciones.
- Derecho a la educación. El artículo 13 del PIDESC reconoce el derecho de todas las personas a la educación. Este derecho ha sido interpretado por el CESCR como que los pueblos indígenas tienen derecho a una educación intercultural, que respete sus culturas y lenguas.
- Derecho a la salud. El artículo 12 del PIDESC reconoce el derecho de todas las personas a la salud. Este derecho ha sido interpretado por el CESCR como que los pueblos indígenas tienen derecho a una salud intercultural, que respete sus culturas y creencias.

El PIDESC es un instrumento importante para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El CESCR ha emitido varias observa-

ciones generales sobre el PIDESC que han contribuido a interpretar y aplicar los derechos indígenas reconocidos en el respectivo Pacto.

1.3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD)

La CERD, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965, es un instrumento internacional que prohíbe la discriminación racial en todas sus formas. Para el caso de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes es fundamental, al sentar las bases para suprimir en el mundo los hechos que constituyen discriminación contra dichos pueblos y comunidades. Constituye una base importante para argumentar el impacto diferenciado y más agudo que sobre los pueblos indígenas tienen las diferentes formas de victimización (dentro de ellas las distintas manifestaciones de discriminación) que se han ejercido históricamente sobre los pueblos indígenas.

En particular, la CERD destaca los siguientes derechos de los pueblos indígenas:

- Derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural. El artículo 5 de la CERD reconoce el derecho de todos a participar en la vida política, económica, social y cultural en condiciones de igualdad. Este derecho se aplica a los pueblos indígenas, que tienen derecho a participar en el gobierno y la toma de decisiones que les afecten directamente.
- Derecho a la educación, la salud y el bienestar social. El artículo 5 de la CERD reconoce el derecho de todas las personas a la educación, la salud y el bienestar social. Este derecho se aplica a los pueblos indígenas, que tienen derecho a acceder a estos servicios en condiciones de igualdad.
- Derecho a la protección de su patrimonio cultural e identidad. El artículo 7 de la CERD reconoce el derecho de todos a la protección de su patrimonio cultural e identidad. Este derecho se aplica a los pueblos indígenas, que tienen derecho a mantener y desarrollar su cultura, su lengua y sus tradiciones.

Estos derechos son fundamentales para el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas como sujetos colectivos con derechos y obligaciones propios.

1.4. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

La CDN, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, es un tratado internacional que reconoce los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de su raza, etnia, religión, nacionalidad, género u otra condición. En particular, la CDN destaca los siguientes derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas:

- Derecho a la identidad cultural. El artículo 30 de la CDN reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener y desarrollar su identidad cultural, incluyendo la lengua, las costumbres y las tradiciones. Este derecho es fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes indígenas.
- Derecho a la educación intercultural. El artículo 28 de la CDN reconoce el derecho de todos los niños a la educación, que debe ser gratuita y obligatoria. Este derecho se aplica, en particular, a los niños, niñas y adolescentes indígenas, que tienen derecho a acceder a una educación intercultural que respete su cultura y lengua. La educación intercultural es fundamental para garantizar que los niños, niñas y adolescentes indígenas puedan desarrollar sus habilidades y conocimientos, y participar plenamente en la sociedad.
- Derecho a la salud intercultural. El artículo 24 de la CDN reconoce el derecho de todos los niños a la salud, que debe incluir la atención sanitaria preventiva, curativa y rehabilitadora. Este derecho se aplica, en particular, a los niños, niñas y adolescentes indígenas, que tienen derecho a acceder a servicios de salud interculturales que respeten sus necesidades específicas. La salud intercultural es fundamental para garantizar que los niños, niñas y adolescentes indígenas puedan vivir una vida sana y plena.

Como en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, destaca con similar formulación, el derecho que asiste a los pueblos indígenas a tener una vida cultural propia.

1.5. Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)

El CDB, adoptado por la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (COP) en 1992, es un tratado internacional que reconoce la importancia de la diversidad biológica y establece una serie de medidas para su conservación y utilización sostenible. El Convenio tiene como objetivo conservar la diversidad biológica, promover su uti-

lización sostenible y asegurar la distribución equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

En materia indígena, el CDB establece que las disposiciones más relevantes son los artículos 8 j y 10, que reconocen los conocimientos y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, su derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos de biodiversidad y la protección de sus tierras, y el derecho al acceso y al control de los recursos genéticos, territoriales y naturales.

2. Tratados e instrumentos regionales

En este bloque identificamos a aquellos que surgen desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Entre tales tratados podemos mencionar los siguientes:

2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

Adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1969, es el principal instrumento de derechos humanos en el continente americano. La Convención reconoce una serie de derechos individuales y colectivos, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la vida, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación, y el derecho a la participación política. La jurisprudencia ha considerado que la Convención también reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios tradicionales, y el derecho a participar en la vida política de sus países.

2.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

La Convención de Belém do Pará, es un instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1994. La Convención reconoce la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y establece una serie de medidas para su prevención, sanción y erradicación. En materia indígena, la Convención de Belém do Pará destaca los siguientes derechos:

- Derecho a la igualdad y a la no discriminación. El artículo 2 de la Convención prohíbe la discriminación contra la mujer por motivos de raza, etnia, origen nacional o social, idioma, religión, edad, condición económica, social, cultural o cualquier otra condición. Este derecho es fundamental para garantizar que las mujeres indígenas puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas no indígenas.
- Derecho a la vida libre de violencia. El artículo 3 de la Convención reconoce el derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia. Este derecho es fundamental para garantizar la seguridad y el bienestar de las mujeres indígenas.
- Derecho a la participación política y social. El artículo 7 de la Convención reconoce el derecho de la mujer a participar en la vida política, económica, social y cultural en igualdad de condiciones que el hombre. Este derecho es fundamental para garantizar que las mujeres indígenas puedan tener voz en las decisiones que afectan a sus vidas.

Estos derechos son fundamentales para garantizar que las mujeres indígenas puedan vivir una vida plena y digna, respetando su identidad cultural y sus derechos específicos.

2.3. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia

La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, conocida como Convención contra el Racismo, es un instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2013. La Convención prohíbe el racismo, la discriminación racial y las formas conexas de intolerancia, y establece una serie de medidas para su prevención, sanción y erradicación. En materia indígena, la Convención contra el Racismo destaca los siguientes derechos:

- Derecho a la igualdad y a la no discriminación. El artículo 1 de la Convención prohíbe la discriminación racial en todas sus formas, incluyendo la discriminación contra los pueblos indígenas. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.
- Derecho a la participación política y social. El artículo 13 de la Convención reconoce el derecho de los pueblos indígenas a parti-

cipar en la vida política, económica, social y cultural en igualdad de condiciones que los demás. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan tener voz en las decisiones que les afecten.
- Derecho a la protección de su patrimonio cultural e identidad. El artículo 14 de la Convención reconoce el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su patrimonio cultural e identidad. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan preservar su cultura y su forma de vida.

Por otra parte, dos de los instrumentos regionales son:

2.4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana en 1948, es un instrumento fundacional en materia de derechos humanos en el continente americano. Consagra el principio de igualdad con una formulación muy parecida a la de instrumentos como la Declaración Universal, promulgada el mismo año del presente instrumento. La Declaración Americana establece una serie de derechos que son relevantes para los pueblos indígenas, incluyendo los siguientes:

- Derecho a la igualdad y a la no discriminación. El artículo 1 de la Declaración prohíbe la discriminación contra cualquier persona por motivos de raza, origen nacional o social, idioma, religión, condición económica, social o cultural o cualquier otra condición. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.
- Derecho a la propiedad. El artículo 3 de la Declaración reconoce el derecho de toda persona a la propiedad privada. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan mantener sus tierras y territorios tradicionales.
- Derecho a la libertad de pensamiento y expresión. El artículo 4 de la Declaración reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan preservar su cultura y su forma de vida.
- Derecho a la libertad de conciencia y religión. El artículo 5 de la Declaración reconoce el derecho de toda persona a la libertad

de conciencia y religión. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan practicar su religión y cultura libremente.

- Derecho a la libertad de reunión y asociación. El artículo 15 de la Declaración reconoce el derecho de toda persona a la libertad de reunión y asociación pacífica. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan organizarse y defender sus derechos.
- Derecho a la participación en el gobierno. El artículo 20 de la Declaración reconoce el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan tener voz en las decisiones que afectan a sus vidas.

2.5. Carta Democrática Interamericana

La Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2001, es un instrumento regional que establece los principios y las normas que rigen la democracia en las Américas. La Carta Democrática establece una serie de derechos que son relevantes para los pueblos indígenas, incluyendo los siguientes:

- Derecho a la igualdad y a la no discriminación. El artículo 3 de la Carta establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.
- Derecho a la participación. El artículo 16 de la Carta establece que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de sus países. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan tener voz en las decisiones que afectan a sus vidas.
- Derecho a la identidad cultural. El artículo 23 de la Carta establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad cultural. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan preservar su cultura y su forma de vida.

3. Tratados e instrumentos internacionales y regionales específicos

En este acápite se destacan los tres documentos que, a nivel internacional, abordan de manera particular los derechos de pueblos y comunidades indígenas y que, en la actualidad, son el principal referente jurídico en la materia.

3.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Este tratado internacional, adoptado y abierto para las ratificaciones por la OIT en 1989, es el sucesor del Convenio anterior de la OIT sobre las Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957, que fue desarrollado por la OIT como resultado de una serie de estudios y de reuniones de expertos que señalaron la particular vulnerabilidad de los trabajadores indígenas.

Lo más importante es que el Convenio N.º 169 reconoce los derechos colectivos de los *pueblos* indígenas, como tales, y no como derechos de personas individuales que son indígenas. Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales, el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas, y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres. Con estas afirmaciones de derechos colectivos, el Convenio realiza un importante avance en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual había sido articulado hasta entonces de otra manera en los instrumentos internacionales escritos, en términos de derechos individuales, casi en forma exclusiva.

En su preámbulo, el Convenio reconoce "las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en donde viven". Sobre esta premisa, el Convenio incluye disposiciones avanzando en la integridad cultural indígena, en los derechos sobre la tierra y los recursos y en la no discriminación en la esfera del bienestar social; y, en general, exige a los Estados que respeten las aspiraciones indígenas en todas las decisiones que les afecten.

3.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)

La DNUDPI es un instrumento internacional que reconoce los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas. La Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007. Entre los aspectos más relevantes, la Declaración establece:

Reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, lo que incluye el derecho a la autonomía, la participación en las decisiones que les afectan y el control de sus propios asuntos internos (artículos 3 y 4).

Protección de los derechos culturales y espirituales: Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias tradiciones, costumbres y creencias religiosas (artículos 8, 9 y 11).

Protección de los derechos económicos, sociales y culturales: Los pueblos indígenas tienen derecho al desarrollo, a la educación, a la salud y a la tierra (artículos 13, 14, 15 y 26).

Protección de los derechos políticos: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la vida política de sus países, a ser representados en los órganos legislativos y a acceder a la justicia (artículos 20, 21 y 22).

3.3. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)

La DADPI adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2016, es un instrumento regional específico en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En particular, la DADPI destaca los siguientes derechos de los pueblos indígenas:

Derecho a la identidad e integridad cultural. El artículo 6 de la DADPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su propia identidad e integridad cultural, incluyendo su lengua, religión, cosmovisión, sistemas de conocimientos, prácticas tradicionales y costumbres. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan preservar su cultura y su forma de vida.

Derecho a la tierra y al territorio. El artículo 21 de la DADPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios tradicionales, incluyendo el derecho al uso, ocupación, disfrute, administración y control de sus tierras y territorios. Este derecho es fundamental para

garantizar que los pueblos indígenas puedan mantener su modo de vida tradicional y sus medios de subsistencia.

Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado. El artículo 19 de la DADPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a dar su consentimiento libre, previo e informado sobre cualquier medida que pueda afectar sus derechos. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan participar en la toma de decisiones que afectan sus vidas.

Derecho a la participación política. El artículo 22 de la DADPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural de sus países. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan tener voz en las decisiones que afectan a sus vidas.

Derecho a la educación intercultural. El artículo 24 de la DADPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a acceder a una educación intercultural que respete su lengua, cultura y tradiciones. Este derecho es fundamental para garantizar que los pueblos indígenas puedan tener acceso a una educación de calidad que les permita desarrollar sus habilidades y conocimientos.

4. Otros instrumentos internacionales

Existen otros instrumentos internacionales que no tienen los mismos efectos jurídicos que los tratados, pero que son referentes jurídicos que orientan el respeto de los derechos humanos. Entre tales se encuentran los siguientes.

4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 7 y 17)

Se trata de un instrumento que por antonomasia representa el marco más amplio de reconocimiento de los derechos humanos en el mundo entero. Su artículo 7 destaca la igual protección ante la ley y contra la discriminación, y su artículo 17 resalta que la propiedad es un derecho que también se puede ejercer colectivamente.

4.2. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

La Declaración de Río, reitera preceptos sobre los derechos de los pueblos indígenas en cuanto al reconocimiento de los conocimientos y

prácticas tradicionales, a participar en la toma de decisiones sobre asuntos ambientales y en la protección de sus tierras e intentan incorporarlos dentro de agendas más amplias sobre el ambientalismo global y el desarrollo sostenible. En la misma línea, el artículo 8 (j) del Convenio sobre Biodiversidad afirma el valor del conocimiento tradicional indígena en relación con la conservación, el desarrollo sostenible y los regímenes de propiedad intelectual.

5. Normativa nacional chilena en materia indígena

5.1. Ley 19.253 de 1993, conocida como Ley Indígena

Es la principal ley que protege los derechos indígenas en Chile. Establece una serie de derechos y garantías para los pueblos indígenas, incluyendo los siguientes:

Reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas. La ley reconoce la existencia de los pueblos indígenas como sujetos colectivos con derechos y obligaciones propios.

Derecho a la tierra y al territorio. La ley establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad de sus tierras y territorios tradicionales.

Derecho a la consulta previa. La ley establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta previa, libre e informada sobre las medidas que les afecten directamente.

Derecho a la autonomía y al autogobierno. La ley establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía y al autogobierno en sus territorios.

Derecho a la educación intercultural. La ley establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la educación intercultural, que debe respetar sus culturas y lenguas.

Derecho a la salud intercultural. La ley establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la salud intercultural, que debe respetar sus culturas y creencias.

Además, establece un régimen legal especial para resguardar los derechos indígenas sobre las aguas. Asimismo, contiene normas especiales relativas al pueblo rapa nui. En esta normativa, el Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora

su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

5.2. Ley 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios

La ley establece un marco normativo para la delimitación, administración y uso de un espacio costero marino de hasta 50 kilómetros de ancho, destinado a los pueblos indígenas de Chile. Tiene como objetivos: (i) resguardar el uso consuetudinario de los pueblos indígenas sobre el espacio costero marino; (ii) mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero; y, (iii) promover el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas. La ley establece los siguientes principios para la implementación de su marco normativo: el respeto al derecho a la autonomía y al autogobierno de los pueblos indígenas, la participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones sobre el espacio costero marino y la protección del medio ambiente y de los recursos naturales.

5.3. Ley 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica

Establece un marco normativo para la exploración, explotación y aprovechamiento de la energía geotérmica en Chile. Tiene por objeto promover el desarrollo de la energía geotérmica, en forma sustentable y respetuosa del medio ambiente. Establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre cualquier proyecto de exploración, explotación o aprovechamiento de energía geotérmica que se encuentre dentro de su territorio. El Ministerio de Energía debe realizar un proceso de consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas involucradas en cualquier proyecto de energía geotérmica para lo cual debe considerar los intereses y preocupaciones de las comunidades indígenas.

5.4. Ley 20.609 de 2012, que crea el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas

Tiene como objetivo promover el desarrollo integral de los pueblos indígenas. Reconoce una amplia gama de derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la autonomía y al autogobierno, el derecho a la participación efectiva en la toma de decisiones, el derecho a la consulta previa, libre e informada, el derecho al reconocimiento de su identidad

étnica y cultural, el derecho a la educación intercultural bilingüe, el derecho al acceso a la justicia, y el derecho a la protección de sus territorios y recursos naturales.

A su vez, crea el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas que está integrado por los siguientes órganos:

- El Consejo Nacional de Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas (CONADI).
- Los Consejos Regionales de Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas (COREDI).
- Las Oficinas de Asuntos Indígenas (OAI).

La ley establece que las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas deben ser formuladas, coordinadas y ejecutadas de manera intercultural, respetando los valores, cosmovisión y costumbres de los pueblos indígenas.

5.5. Ley 21.030 de 2017, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio

Esta ley tiene como una de sus funciones promover la cultura de los pueblos indígenas, reconociendo y valorando su diversidad. Así, entre las funciones del Ministerio, en materia indígena, se establecen las siguientes:

a. Formular, coordinar y ejecutar políticas públicas para el desarrollo cultural de los pueblos indígenas.
b. Apoyar y financiar proyectos culturales de los pueblos indígenas.
c. Fortalecer la participación de los pueblos indígenas en el ámbito cultural.

5.6. Ley 19.251 de 1993, sobre la educación intercultural bilingüe

La ley reconoce el derecho de los niños, niñas y jóvenes indígenas a una educación de calidad, que les permita desarrollar sus capacidades y conocimientos, y que los prepare para su participación plena en la sociedad. La referida ley establece los siguientes aspectos relevantes:

Definición de educación intercultural bilingüe: la ley define la educación intercultural bilingüe como "un proceso educativo inclusivo que reconoce y valora la diversidad cultural, lingüística y étnica de los pueblos indígenas, y que promueve el desarrollo integral de los niños, niñas y jóvenes indígenas".

Objetivos de la educación intercultural bilingüe: la ley establece que la educación intercultural bilingüe tiene los siguientes objetivos: (i) garantizar el derecho de los niños, niñas y jóvenes indígenas a una educación de calidad, que les permita desarrollar sus capacidades y conocimientos, y que les prepare para su participación plena en la sociedad; (ii) preservar y desarrollar la lengua y cultura de los pueblos indígenas; y, (iii) promover el respeto a la diversidad cultural y étnica.

Principios de la educación intercultural bilingüe: la ley establece los siguientes principios de la educación intercultural bilingüe: (i) la interculturalidad; (ii) el bilingüismo; (iii) la equidad; (iv) la participación; y, (v) la calidad.

La ley establece que el Estado tiene la responsabilidad de apoyar la educación intercultural bilingüe. Esto es importante porque garantiza que la educación intercultural bilingüe sea accesible a todos los niños, niñas y jóvenes indígenas.

5.7. Ley 19.912 de 2003, que establece normas sobre el patrimonio cultural de los pueblos indígenas

Esta ley establece un marco normativo sólido para la protección, promoción y difusión del patrimonio cultural indígena en Chile. Algunos de los aspectos relevantes de la ley incluyen el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a su patrimonio cultural. Además, se establece el deber del Estado de proteger y promover el patrimonio cultural indígena, así como la participación de los pueblos indígenas en la gestión de su patrimonio cultural.

d) Multiculturalismo y derechos humanos: universalidad y relativismo de los derechos humanos

1. Introducción

En el presente acápite se propone definir las relaciones existentes entre distintos conceptos que resultan relevantes para analizar las temáticas sobre derechos de los pueblos indígenas. El multiculturalismo, la universalidad de los derechos humanos y el relativismo cultural revisten una particular importancia cuando los abordamos desde la perspectiva de los derechos humanos de las comunidades indígenas y tribales.

A continuación, se explora cómo estos conceptos interactúan en el contexto de los pueblos indígenas, considerando las tensiones y siner-

gias entre las normas universales, los derechos humanos, y las prácticas culturales particulares de estos grupos.

2. Definiciones de los conceptos de multiculturalismo, universalidad y relativismo cultural

2.1. El universalismo

El universalismo, en su esencia, promulga la idea de que ciertos derechos y principios son inherentemente aplicables a todos los seres humanos, independientemente de su contexto cultural. De acuerdo con este paradigma, existen ciertos valores, principios y normas que son universales y deberían aplicarse a todas las culturas (Donnelly, 1984, 2008).

La universalidad de los derechos humanos se refleja en la idea de que todos los individuos tienen derechos fundamentales intrínsecos simplemente en su calidad de seres humanos, sin que sea relevante su cultura, etnia, religión u otras características (Brennan, 1989). Los documentos relevantes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y otras convenciones y declaraciones internacionales, constituyen la base normativa del enfoque universal de los derechos humanos. Estos documentos establecen un conjunto de normas y principios que tienen validez en todo el mundo, sin importar las fronteras nacionales o las diferencias culturales (Eide, 1983; Lloret Blackburn, 2020).

Además, el concepto de universalismo en derechos humanos conlleva la adhesión a nivel mundial y la incorporación de estos principios en las leyes nacionales. Esta internacionalización tiene como objetivo asegurar que los derechos humanos sean respetados y protegidos en todo el planeta, sin verse afectados por las diferencias culturales o regionales (Arnold, 2012). Asimismo, la universalización de los derechos humanos implica que estos no se circunscriben únicamente a un asunto de naturaleza legal, sino también conlleva imperativos éticos y políticos que deben guiar la conducta de los Estados y las relaciones internacionales (Sen, 2010; Ignatieff, 2000).

Asimismo, el fundamento del universalismo en los derechos humanos abarca el reconocimiento mutuo, el consenso intercultural, la concepción individualista de la persona y la igualdad de oportunidades para todos. Estos componentes reflejan la noción de que, más allá de las variaciones culturales, existen derechos fundamentales que son universales y compartidos por toda la humanidad (Wojciechowski, 2021).

En el contexto de los pueblos indígenas, el universalismo podría enfatizar los derechos humanos universales, como la igualdad y la libertad, argumentando que estos derechos son aplicables y necesarios para todos los pueblos, incluyendo las comunidades indígenas. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece derechos que se aplican a todas las personas, sin importar su contexto cultural. Además, esa idea del universalismo se ve reflejada en la promoción de derechos universales, como se ve en instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) o el Convenio 169 de la OIT. Esta perspectiva aboga por la protección de derechos básicos como la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia (Cambou, 2019; Gómez Isa, 2019).

2.2. El relativismo cultural

El relativismo cultural, por su parte, argumenta que las prácticas, valores y leyes deben interpretarse en el marco del contexto cultural en el que se manifiestan. Esta perspectiva sostiene que las normas y valores son forjados en contextos culturales concretos, lo que implica que la noción de lo que es correcto o incorrecto debe apreciarse en relación con la cultura específica a la que pertenece un individuo (Donnelly, 1984, 2008). De acuerdo con ello, los derechos humanos serían variables culturalmente (Ahmed, 2023).

La idea del relativismo cultural encuentra su fuente en la antropología de finales de siglo 19 y principios del siglo 20, período durante el cual se desarrolló la teoría sobre particularismo histórico de Franz Boas, Margaret Mead o Ruth Benedict entre otros varios autores. (Prasad, 2007). Según esta teoría antropológica, que desafía los enfoques de las teorías antropológicas del evolucionismo y del difusionismo, cada cultura debe ser comprendida en su contexto específico, sin que se le atribuyan juicios o valoraciones desde la perspectiva de otra cultura. En esta corriente de pensamiento, se sostiene que todas las culturas poseen igual validez, y se rechaza la idea de una cultura superior o inferior (Harris, 2001).

El relativismo cultural promueve la tolerancia hacia las diferencias culturales y respalda el derecho de las comunidades a preservar sus prácticas y valores singulares, lo que puede mejorar la cohesión nacional y reducir la discriminación contra grupos marginados (Susetyo, 2019). Igualmente, sostiene que los significados, valores, libertades y

capacidades se encuentran definidos exclusivamente dentro de un contexto cultural, y que las normas y valores se originan en contextos culturales específicos (Abadeer, 2015). Además, el relativismo cultural puede plantear desafíos a la idea de la universalidad en los derechos humanos, ya que argumenta que las concepciones de lo correcto y lo incorrecto varían según las líneas culturales y, en consecuencia, las definiciones de los derechos humanos deben adaptarse en función de estas diferencias (Lau, 2004).

Siguiendo esta línea de pensamiento, el relativismo cultural puede plantear la idea de que los derechos universales deben adaptarse a las normas culturales y religiosas locales, lo que, en ocasiones, puede socavar el principio del universalismo en los derechos humanos (Zechenter, 1997). Desde esta perspectiva, las prácticas y creencias de los pueblos indígenas deben ser apreciadas y respetadas en el contexto de su propia cultura, sin que se les apliquen estándares externos (Martins, 2020). El relativismo cultural enfatiza la importancia de preservar la diversidad cultural y de reconocer la soberanía y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus prácticas culturales y sus territorios. Para estas comunidades, esto implica el reconocimiento de sus tradiciones, idiomas, sistemas de creencias y sistemas legales tradicionales (Cowan, Dembour, y Wilson, 2001; Fuentes, 2015).

2.3. El multiculturalismo

El multiculturalismo apela a un concepto que se refiere a la coexistencia de diferentes culturas en un mismo espacio, y ello, independientemente de la naturaleza de las relaciones que esas culturas mantienen entre ellas. De ese modo, el multiculturalismo se centra en el reconocimiento y en la convivencia de una variedad de culturas diferentes en una misma sociedad (Bukrieieva y Afanasieva, 2020; Alatas, 2006). En este contexto, las personas de diversas culturas tienen la posibilidad de mantener y practicar sus identidades culturales, tradiciones y valores, en un ambiente que promueve la igualdad de derechos y oportunidades para todos, sin importar su procedencia cultural (Kumar, 2012; Blum, 2014; Cárdenas-Rodríguez y Terrón-Caro, 2017).

El multiculturalismo en el ámbito del derecho se refiere a la manera en que los sistemas legales reconocen y gestionan la diversidad cultural y étnica dentro de una sociedad (Llano Franco, 2016). Asimismo, una la multiculturalidad es el marco que mejor explica una sociedad integrada e inclusiva, promoviendo la equidad, los derechos iguales y

la interacción positiva entre diferentes culturas (Cárdenas-Rodríguez y Terrón-Caro, 2017). Además, una sociedad multicultural debe basarse en una comprensión de la cultura como un sistema de valores, siendo la justicia el valor crucial para la coexistencia armoniosa de individuos, grupos y la sociedad en su conjunto (Dusche, 2004).

De ese modo, para algunos autores, es relevante que el multiculturalismo jurídico reconozca los derechos en virtud de los textos constitucionales, para grupos y dentro de la comunidad nacional más amplia (Soifer, 1998; Hadzic, 2019; Hogemann, 2022; Moreno Parra, 2021; Xanthaki, 2010), y que contemple la diversidad cultural a través de declaraciones de cortes constitucionales y de la configuración de identidades culturales esenciales para la ciudadanía (Llano Franco, 2016). En ese sentido, son elementos esenciales del multiculturalismo jurídico la acomodación constitucional de la diversidad, la justicia, una cultura común multiculturalmente constituida, y un sentido compartido de lealtad a la comunidad política (Parekh, 1999). Otros autores insisten en el hecho el multiculturalismo jurídico implica abordar cuestiones de cultura, género, raza y nación en el contexto de la justicia (Volpp, 1996).

La aplicación de conceptos de multiculturalismo jurídico en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales se refleja en la creación de sistemas legales que reconocen y protegen sus derechos colectivos, su identidad cultural, y su autonomía. A su vez, la relación entre multiculturalismo jurídico y pueblos indígenas se centra en cómo los marcos legales nacionales e internacionales reconocen y protegen la identidad cultural, los derechos y la autodeterminación de estos pueblos. De ese modo el multiculturalismo conduce a un mayor escrutinio internacional del tratamiento que los Estados dan a los grupos etnoculturales, incluidos los pueblos indígenas, y a sus derechos (Kymlicka, 2008). Además, el reconocimiento progresivo de los derechos de los pueblos indígenas está forjando una concepción de los derechos humanos más abierta y dinámica, enriquecida por formas locales de enmarcar y entender la dignidad humana (Gómez Isa, 2014).

2.4. Universalismo versus relativismo cultural

La relación entre universalismo y relativismo cultural es un tema central en el debate filosófico y social sobre cómo deben entenderse y aplicarse los derechos y valores en contextos diversos.

Autores como Jack Donnelly, Michael Ignatieff, Amartya Sen o Martha Nussbaum defienden el universalismo de los derechos humanos

aunque, al mismo tiempo, reconocen la importancia de respetar las diferencias culturales. De ese modo, mientras que para Michael Ignatieff los derechos humanos pueden y deben ser interpretados de manera que respeten las prácticas culturales locales, siempre que estas prácticas no violen los derechos humanos fundamentales (Ignatieff, 2001), Amartya Sen defiende un enfoque universalista de los derechos humanos, también subraya la importancia del contexto cultural y económico en la realización de estos derechos (Sen, 1999; Córdoba, 2007; Wiener, 2013; Bonvin, Munck, & Zimmermann, 2018; Jenkins, 2013).

Asimismo, Donnelly argumenta que existen ciertos derechos fundamentales que son universales y no deben ser comprometidos por diferencias culturales (Donnelly, 2013). Este autor plantea la necesidad de reconocer las diferencias entre las culturas occidentales y no occidentales, abogando por una universalidad relativa con especial precaución y sensibilidad. En esa línea, considera que el universalismo radical y el relativismo cultural radical constituyen dos extremos de un *continuum*. Aboga por un relativismo cultural débil que permite desviaciones limitadas de los estándares universales de derechos humanos principalmente con la finalidad de interpretar derechos o las formas en que estos son aplicados (Donnelly, 1984).

Por su parte, Martha Nussbaum insiste en el hecho que ciertos derechos y libertades son esenciales para el florecimiento humano en todas las culturas (Nussbaum, 2011). En esa misma línea, Ulf Johansson Dahre sugiere una nueva teoría de los derechos humanos llamada universalismo relativo de los derechos humanos, integrando el universalismo y el relativismo cultural (Johansson Dahre, 2017).

Otras posturas han subrayado que los argumentos del relativismo cultural son problemáticos para los defensores de los derechos humanos universales y la democracia, ya que desafían la necesidad de tolerancia y respeto por la autodeterminación (Englehart, 2000).

Autores como Ames, Renteln, o Shweder subrayan la importancia de entender y respetar las diferencias culturales. De ese modo, Richard A. Shweder aborda el relativismo cultural, argumentando que las prácticas y creencias culturales deben entenderse y respetarse en sus propios términos, lo que a menudo lleva a cuestionar la aplicación universal de los derechos humanos (Shweder, 1991). Roger T. Ames critica el concepto de derechos humanos universales y sigue el argumento del relativismo cultural (Ames, 1997). Autoras como Alison Dundes Renteln se pronuncia a favor de una mayor consideración de las normas culturales en el derecho penal (Renteln, 2004). Del mismo modo, Elizabeth M. Ze-

chenter argumenta que el relativismo cultural, el multiculturalismo y el posmodernismo están socavando la idea del universalismo, sugiriendo que los derechos humanos universales deben modificarse para conformarse con las normas culturales y religiosas locales (Zechenter, 1997).

Luego de este recorrido por distintas posiciones de la doctrina especializada, se podría concluir que la clave para resolver la tensión entre universalismo y relativismo cultural reside en promover un diálogo constructivo y respetuoso (Fuchs, 2000; Melé y Sanchez-Runde, 2013). Reconocer la validez de diferentes perspectivas culturales, al tiempo que se mantiene un compromiso con los derechos humanos universales, es esencial (Candau, 2008, Muyskens, 2021; Weston, 2008; Addo, 2010). Esto requiere un enfoque que no solo tolere, sino que celebre la diversidad cultural, mientras se asegura de que los principios universales de dignidad y derechos no se vean comprometidos (Have, 2017; Walker y Poe, 2002).

La tensión entre universalismo y relativismo cultural es particularmente evidente en casos donde las prácticas culturales indígenas entran en conflicto con los derechos humanos reconocidos internacionalmente (Zechenter, 1997). Por ejemplo, algunas prácticas tradicionales pueden estar en desacuerdo con los derechos universales como la igualdad de género (Billet, 2007; Abadeer, 2015; Kuppe, 2009). Aquí, el desafío radica en respetar la diversidad cultural sin comprometer los derechos humanos fundamentales (Wiessner, 2010; Stavenhagen, 2008).

En la práctica, el equilibrio entre estos dos enfoques es delicado. Por un lado, es esencial respetar y preservar las culturas indígenas, reconociendo su derecho a mantener sus prácticas tradicionales y su autonomía. Por otro lado, es importante asegurar que los derechos humanos fundamentales sean respetados en todas las culturas. Este equilibrio implica a menudo un diálogo continuo y respetuoso entre diferentes sistemas de valores y normas (Phillips, 2015; Rehman y Hoffler, 2011; Gooda, 2012).

El debate entre universalismo y relativismo cultural en el contexto de los pueblos indígenas no tiene una solución única (Bukuluki, 2013). Requiere un equilibrio cuidadoso y una constante reevaluación de cómo se aplican y respetan tanto los derechos universales como las particularidades culturales. A través de un enfoque inclusivo y adaptativo, se puede lograr un terreno común que respete tanto la diversidad cultural como los derechos humanos fundamentales, guiando hacia una sociedad más equitativa y comprensiva (Healy, 2006).

El desafío radica en cómo integrar el respeto por las prácticas culturales indígenas con la promoción de los derechos humanos universales. Este tema se encuentra en el centro de muchas discusiones internacionales sobre políticas y prácticas relacionadas con los pueblos indígenas, incluyendo temas como el desarrollo económico, la conservación del medio ambiente, y los derechos a la tierra y a los recursos naturales (Daniels, 2010; Addo, 2010).

En diversos contextos nacionales e internacionales, los tribunales han abordado este dilema tratando de equilibrar el respeto por las prácticas culturales indígenas con la adhesión a los principios universales. La jurisprudencia ha evolucionado hacia un enfoque más integrador, intentando armonizar los derechos indígenas con los estándares internacionales. Estos casos resaltan la necesidad de un diálogo intercultural y el desarrollo de enfoques jurídicos que puedan adaptarse a diferentes contextos culturales (Stephens, 2009; Marchetti y Daly, 2007; Gómez Isa, 2014; Chartrand, 2013). Más adelante se darán algunos ejemplos de estas decisiones.

e) La interpretación de los derechos humanos desde la perspectiva y cosmovisión indígena

Como previamente se hizo alusión, una de las principales críticas que se habían formulado a la visión clásica del principio de universalidad de los derechos humanos radicaba en que ignoraba la inevitable condición cultural e histórica de toda realidad humana, lo que guarda directa relación con las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Las cuales finalmente tuvieron eco en la Conferencia de Viena de 1993, en la que se insiste en que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes", sin embargo, se matiza que a la hora de formularlos "debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos".

Desde esta nueva perspectiva, cobra importancia la idea de la cosmovisión indígena al momento de interpretar y aplicar los derechos humanos. El término cosmovisión está asociado a la manera de observar e interpretar el mundo. De acuerdo con algunos autores, la cosmovisión es una concepción del mundo que penetra en la vida espiritual del hombre y sirve como marco orientativo de la acción práctica del individuo (Ferrater, 1965: 244). En este sentido la cosmovisión ayuda a los individuos a percibir el universo como ordenado e incluye teorías cosmogónicas

que revelan el origen del mundo natural y de la especie humana; contiene ideas sobre las fuerzas que sostienen el universo material, la vida individual y colectiva. Hay cosmovisiones que representan estas fuerzas como leyes naturales y filosóficas, y hay otras que las consideran dioses, espíritus y otras entidades, las cuales se manifiestan en símbolos y tienen nombres propios según la sociedad en particular (Rupflin, 1999).

En los últimos años, diversos Estados de América Latina han reconocido y regulado en sus sistemas normativos internos la coexistencia de distintas cosmovisiones, al señalar su carácter pluricultural y multiétnico en sus Constituciones. De esta forma, las obligaciones estatales en materia de derechos humanos se han vuelto más complejas, pues por un lado debe respetar los usos y costumbres de las comunidades indígenas y garantizar los derechos humanos de sus integrantes, y por otro, debe propender por la inclusión de sus integrantes en los procesos constitucionales sin que deban abandonar su cultura para poder participar en las funciones y acudir ante sus autoridades. En ese sentido, el punto medio entre el respeto de la cultura que se pretende preservar, y la garantía mínima de los derechos humanos de sus integrantes —que son gobernados a los que no se puede permitir actuar en su perjuicio o el de sus semejantes— resulta en todo un reto para los juzgadores, encargados de garantizar esa armonía.

Ahora bien, no hay una fórmula de aplicación universal para la interpretación y aplicación de los derechos humanos desde la cosmovisión indígena en todos los casos en concreto, sino que se debe de estudiar el contexto particular de cada caso, no sólo desde la óptica de los derechos humanos, sino de cada pueblo. Un ejemplo de interpretación de los derechos humanos desde la cosmovisión indígena lo encontramos en la construcción del concepto de propiedad comunal en la jurisprudencia de la Corte IDH.

La Corte IDH ha debido abordar en numerosos casos uno de los reclamos compartidos por todos los pueblos indígenas de la región: la propiedad de sus tierras ancestrales. Como es de conocimiento público, tanto los colonizadores europeos como los Estados nacionales despojaron de sus territorios a los pueblos indígenas y tribales. En la actualidad, éstos han iniciado procesos ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para reclamar la restitución de las tierras que habitaron sus ancestros. Es importante señalar que, en estos casos, tanto las propias víctimas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han invocado el artículo 21 de la Convención, el cual garantiza la propiedad privada. No obstante, este no era el derecho real-

mente reclamado, pues el concepto de propiedad privada, empleado por este precepto convencional, no se ajusta a los reclamos territoriales que hacen las comunidades indígenas.

En el caso Awas Tingni Vs. Nicaragua, la comunidad indígena denunció al Estado por no haber tomado medidas que aseguraran los derechos de propiedad sobre sus tierras ancestrales, pues éste otorgó una concesión forestal sin haber consultado a la comunidad. Esta última solicitó internamente revocar la concesión y delimitar las tierras, solicitudes que no fueron atendidas por los tribunales internos. En este caso, la Corte IDH intentó, por primera vez, dotar al concepto de propiedad privada de un contenido eminentemente cultural, acuñando la noción de propiedad comunal indígena, a su juicio, diferente de la idea clásica de copropiedad reconocida en todos los códigos civiles de Latinoamérica.

En este caso, la Corte IDH abordó por primera vez el derecho de propiedad desde la perspectiva de la cosmovisión indígena, quedando claro en la sentencia lo complejo de fundamentar jurídicamente un tipo de propiedad distinto del derecho real de dominio, entendido este último como el conjunto de poderes exclusivos sobre una cosa específica y delimitada. Para ello recurre, en primer lugar, a los trabajos preparatorios de la CADH, y se da cuenta que en la redacción del artículo que reconoce el derecho a la propiedad privada se reemplazó la frase "[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada", por "[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes" (Corte IDH, 2001: párrafo 145), lo que justificaría que el artículo 21 de la CADH reconozca formas alternativas de vinculación entre personas y bienes.

A partir de esta reflexión, la Corte introduce el concepto de propiedad comunal. En palabras de la propia Corte IDH, esta sería un tipo de propiedad que se caracteriza por la existencia de una especial vinculación de carácter espiritual entre la comunidad y su territorio ancestral, y que resulta de vital importancia para su supervivencia. En uno de los votos particulares se explica que desprovista de sus tierras, la comunidad se vería privada de practicar, conservar y revitalizar las costumbres culturales que dan sentido a su propia existencia y, por tanto, disociar estos dos elementos significa la negación de la existencia de la comunidad. De esta forma, el derecho protegido por el artículo 21 de la Convención, al ser interpretado desde la cosmovisión indígena, adquiere un nuevo alcance y se transforma de un derecho individual y excluyente a un derecho colectivo e incluyente, pues la titularidad del derecho es compartida por toda la comunidad.

Luego de esta primera decisión, el concepto de propiedad comunal ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte. Dentro de los hitos interpretativos más importantes se encuentra el caso Yakye Axa vs. Paraguay donde se aborda el conflicto entre dos distintos derechos de propiedad. En efecto, en esta sentencia se esbozan, por primera vez, criterios para solucionar conflictos cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada clásica entran en contradicción. La Corte IDH termina por otorgar mayor peso a la primera, ligándola con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado. En sus propias palabras: "[a]l desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros" (Corte IDH, 2005: párrafos 147-148).

Finalmente, en Xákmok Kásek vs. Paraguay, la Corte IDH fija la postura que mantiene hasta la fecha, insistiendo en la relevancia cultural de la propiedad comunal indígena, determinando los elementos que la conforman, a saber: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas y tribales que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas, y 5) los miembros de los pueblos indígenas y tribales que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. (Corte IDH, 2010: párrafos 85 y ss.). Criterios que han sido reiterado en números fallos posteriores (Corte IDH, 2023, párrafo 95).

Un ejemplo de la interpretación conforme del ordenamiento interno desde la perspectiva de la cosmovisión indígena: el uso de la hoja de coca dentro de los establecimientos carcelarios

En la sentencia T-365 de 2020, de la Corte Constitucional de Colombia, se examinó el caso de una persona privada de libertad, integrante de un pueblo indígena, a quien le fue negada la solicitud de autorización del ingreso y uso del ayú (hoja de coca) y el poporo (vasija utilizada

para un ritual indígena para el consumo de la hoja de coca) dentro del establecimiento carcelario. El director del establecimiento arguyó la imposibilidad de acceder el requerimiento señalado, por cuanto su autorización podría acarrear problemas de control y seguridad dentro del establecimiento, por tratarse de una "sustancia narcótica, sicotrópica, alucinógena o droga, la cual provoca efectos de agresividad, dificultando el manejo de la persona que hace uso de la misma y poniendo en peligro la seguridad de las demás personas privadas de la libertad".

Al estudiar el caso planteado, el Tribunal Constitucional concluyó que la autoridad administrativa había violado el derecho a la igualdad y no discriminación de la persona privada de la libertad, porque no había tenido en cuenta su identidad cultural al interpretar el régimen penitenciario y carcelario colombiano. En este sentido sostuvo que el consumo de la hoja de coca y su uso en rituales tradicionales por parte de integrantes de comunidades indígenas hacía parte del ámbito de conductas protegidas por el derecho a la identidad cultural, el cual era reconocido en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el PIDCP, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al igual que en la Constitución colombiana de 1991.

El tribunal sostuvo que la decisión adoptada por la autoridad administrativa equiparó la hoja de coca y su uso, como manifestación de la identidad cultural de la población indígena, con los usos ilícitos que se hacen de esta planta, como materia prima para la elaboración de la cocaína y el consumo de ésta. De esta forma, sostuvo el tribunal que a partir de la cosmovisión occidental y mayoritaria, se interpretaron y aplicaron las normas que rigen el sistema penitenciario de tal forma que se pudiera concluir que no era posible autorizar el ingreso y uso de elementos asociados a prácticas culturales ancestrales por razones de seguridad al interior del establecimiento carcelario y, como consecuencia de lo anterior, se le impuso a la persona privada de la liberta "una visión del mundo, no propia de su cultura como indígena". Lo que ocasionó la vulneración de los derechos fundamentales del accionante que fueron amparados por la Corte Constitucional.

f) Referencias bibliográficas y jurisprudenciales

6. Bibliografía

Abadeer, Adel SZ (2015). *Norms and Gender Discrimination in the Arab World*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Addo, Michael K. (2010). "Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights." *Human Rights Quarterly*, vol. 32, no. 3, pp. 601-64.

Aguilar-Peña, Mirlelly, María Tobar y García Perdomo, Herney (2020). "Salud intercultural y el modelo de salud propio indígena". *Revista Salud Pública* 22 (4).

Ahmed, Faysal (2023). "Universalism versus Cultural Relativism: Does the debate matter for Human rights' Protection in the 21st Century?".

Akhtar, Z. (2013). "Mapuche Land Claims: Environmental Protest, Legal Discrimination and Customary Rights". *International Journal on Minority and Group Rights*, 20, 551-576.

Alatas, Syed Farid (2006) "From Jami'Ah to University: Multiculturalism and Christian-Muslim Dialogue". *Current Sociology*, January, Vol 54(1): 112-132.

Alva-Arévalo, Amelia (2020). "La identificación de los pueblos indígenas en el Perú ¿Qué está sucediendo con el criterio de autoidentificación?". *CUHSO* (Temuco), 30(1), 60-77.

Alvez Marín, Amaya y Becker, Arnulf (2020). "La consulta indígena en Chile: ¿derecho de participación o de libre determinación?". *Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral*, 59(2): 89-111.

Ames, Roget T. (1997). *Ethics and International Affairs* 11:177-205 (1997)

Anaya, James (2010). "The evolution of the concept of indigenous peoples and its contemporary dimensions". En S. Dersso (ed.) *Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa* (pp. 23-42). Pretoria: Pretoria University Law Press.

Barume, Albert (2010). *Land rights of indigenous peoples in Africa*. Copenhagen: IWGIA.

Billet, Bret (2007) *Cultural Relativism in the Face of the West. The Plight of Women and Female Children*. Palgrave Macmillan US.

Blum, L. (2014). "Three Educational Values for a Multicultural Society: Difference Recognition, National Cohesion and Equality". *Journal of Moral Education*, 43, 332-344.

Bonvin, J., Munck, J., & Zimmermann, B. (2018). "Introduction: The Capability Approach and Critical Sociology". *Critical Sociology*, 44, 85-864.

Bowman, Nicole (2019). "Nation-To-Nation Evaluation: Governance, Tribal Sovereignty, and Systems Thinking Through Culturally Responsive Indigenous Evaluations". *Canadian Journal of Program Evaluation*, 34(2): 343-356. DOI: 10.3138/cjpe.67977.

Brennan, Katherine (1989). "The Influence of Cultural Relativism on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study". *Minnesota Journal of Law & Inequality*, 7 (3): 367-398.

Bukrieieva, Iryna, y Afanasieva, Liudmyla (2020). "Influence Of an Intercultural Factor on The Formation of Sociocultural Capital of a Polyethnic City". *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, 14(2): 243-264.

Bukuluki, Paul (2013). "Negotiating universalism and cultural relativism in peace and development studies". *International Letters of Social and Humanistic Sciences*, (10): 1-7.

Cambou, Dorothée (2019). "The UNDRIP and the legal significance of the right of indigenous peoples to self-determination: a human rights approach with a multidimensional perspective". *The International Journal of Human Rights*.

Candau, Vera Maria (2008). "Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença". *Revista Brasileira de educação*, 13: 45-56.

Cárdenas-Rodríguez y Terrón-Caro (2017). "Educación Intercultural inclusiva en sociedades multiculturales Pedagogía Social". *Revista Interuniversitaria*, núm. 29, enero-junio, pp. 25-40.

Cattelino, Jessica R. (2010). "The double bind of American Indian need-based sovereignty". *Cultural Anthropology*, 25(2): 235-262.

Chartrand, Larry (2013). "Eagle soaring on the emergent winds of indigenous legal authority". *Review of constitutional studies = Revue d'études constitutionnelles*, ISSN 1192-8034, Vol. 18, Nº. 1, págs. 49-87.

Córdoba, R. (2007). "Capacidades y libertad. Una aproximación a la teoría de Amartya Sen". *Revista Internacional de Sociología*, 65, 9-22.

Cowan, Jane K.; Dembour, Marie-Bénédicte; Wilson, Richard A. (2001). *Culture and rights: Anthropological perspectives*. Cambridge University Press.

Daniels, Brian I. (2010). "Culture, Cultural Rights, and the Right to Assemble". *Anthropological Quarterly*, Volume 83, Number 4, Fall 2010, pp. 883-895.

Donnelly, Jack (2008). *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 1 (Feb) pp. 194-204.

Donnelly, Jack (1984). "Cultural Relativism and Universal Human Rights". *Human Rights Quarterly*, 6 (4).

Donnelly, Jack (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Cornell University Press.

Dusche, Michael (2004). "Radical Multiculturalism Versus Liberal Pluralism". *Ethical perspectives*, 11(4): 238-249.

Eide, Asbjørn (1983). "Dynamics of Human Rights and the Role of the Educator". *Bulletin of Peace Proposals*, 14 (1): 105-114.

Englehart, Neil A. (2000). "Rights and Culture in The Asian Values Argument: The Rise and Fall of Confucian Ethics in Singapore". *Human Rights Quarterly*, 22: 548-568.

Etxeberría, Xavier (2006). "La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua". En Mikel Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Ferrater Mora, José (1965). *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Figueroa Huencho, Verónica (2021). "Políticas públicas y pueblo mapuche: desafíos persistentes en el año de la pandemia". *Anuari Del Conflicte Social*, (12). DOI: 10.1344/acs2021.12.5.

Foerster, R., & Vergara, J. (2000). "Etnia y nación en la lucha por el reconocimiento. Los mapuches en la sociedad chilena". pp. 11-42.

Fuchs, Martin (2000). "The Universality of Culture: Reflection, Interaction and the Logic of Identity". *Thesis Eleven*, 60(1): 11-22.

Fuentes, Alejandro (2015). "Judicial Interpretation and Indigenous Peoples' Rights to Lands, Participation and Consultation. The In-

ter-American Court of Human Rights' Approach". *International Journal on Minority and Group Rights*, 23(1): 39-79.

Fuentes, Claudio y de, Maite Cea (2017). "Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile". *Perfiles Latinoamericanos*, 25(49): 55-75.

Gómez Isa, Felipe (2014). "Cultural diversity, legal pluralism, and human rights from an indigenous perspective: the approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, 36 (4): 722-755.

Gómez Isa, Felipe (2019). "The UNDRIP: an increasingly robust legal parameter". *The International Journal of Human Rights.* DOI: 10.1080/13642987.2019.1568994.

Gooda, Mick (2012). "The Practical Power of Human Rights: How International Human Rights Standards Can Inform Archival and Record Keeping Practices". *Archival Science*, 12: 141-150.

Grimaldi, Daniel (2019). "Etnopolítica del espacio marítimo y el rol de la identidad territorial lafkenche en la solicitud de espacios costeros marítimos para pueblos originarios". *Polis* (Santiago), 18(52).

Hadzic, D. (2019). "Sandžak Between Interculturalism and Multiculturalism". *ILIRIA International Review*, 9.

Haring, Rodney C., *et al.* (2021). "Empowering Equitable Data Use Partnerships and Indigenous Data Sovereignties Amid Pandemic Genomics". *Frontiers in Public Health*.

Acevedo De La Harpe, Carolina (2021). "Inclusión de derechos indígenas en Chile: Arquetipo constituyente desde América Latina". *Polis* Vol. 20 No. 58.

Harris, Marvin (2001). *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura*. México: Siglo veintiuno editores.

Have, Hen ten (2017). "Respect for Cultural Diversity and Pluralism", en Joseph Tham, Kai Man Kwan, y Alberto Garcia (Ed), *Religious Perspectives on Bioethics and Human Rights. Springer*, 2017.

Healy, Paul (2006). "Human rights and intercultural relations: a hermeneutico-dialogical approach". *Philosophy & social criticism*, 32(4): 513-541.

Hogemann, E. (2022). "The measure of the contribution of multiculturalism in constructing the current Brazilian Constitutional text". *Law and Safety.*

Huencho, V. (2021). *Indigenous Movements in Chile: Toward Self-Determination or Recognition? The Social Outburst and Political Representation in Chile.*

Ignatieff, Michael (2000). *Human rights as politics and idolatry*. Princeton University Press.

International Labour Organization (2009). "Indigenous and Tribal Peoples' Rights and Practice. A guide to ILO Convention No. 169", Ginebra.

Jenkins, J. (2013). "Palpable insecurity and Sen's comparative view of justice: anthropological considerations". *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 16, 266-283.

Johansson Dahre, Ulf (2017). "Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and The Cultural Relativism of Human Rights". *The International Journal of Human Rights*, 21(5): 611-628.

Kumar, Chanchal (2011) "Multiculturalism in a Global Society: Minority Rights and Justice". *Research on Humanities and Social Sciences*, Vol. 1, No. 3.

Kuppe, René (2009). "The Three Dimensions of the Rights of Indigenous Peoples". *International Community Law Review* 11 (2009) 103-118.

Kymlicka, Will (2008). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.

Lau, Holning (2004). "Sexual Orientation: Testing the Universality of International Human Rights Law". *The University of Chicago Law Review*, 71(4): 1689-1720.

Llano Franco, Jairo Vladimir (2016). "Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica". *Novum Jus*, 10(1): 49-92.

Lloret Roger, Blackburn (2020). "Relativismo cultural en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 10 Núm. 2 (2020).

Machuca Pérez, Diana Ximena (2016). "El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas: límites y alcances de la Declaración de Naciones Unidas 2007". *Reflexión Política*, 18(35): 166-175.

Mallard, Alistair, *et al.* (2021). "An Urgent Call to Collect Data Related to COVID-19 and Indigenous Populations Globally". *BMJ Global Health*, 6 (3).

Marchetti Elena y Kathleen Daly (2007). "Indigenous Sentencing Courts: Towards a Theoretical and Jurisprudential Model" *The Sydney Law Review* 29.

Martins, Daniel Valério (2020). "O conceito de sobreculturalidade e os impasses relativistas entre os direitos humanos e a educação diferenciada". *Cadernos CERU*, 31(1): 194-205.

Melé, D., Sánchez-Runde C. (2013). "Cultural Diversity and Universal Ethics in a Global World". *J Bus Ethics* 116, 681-687 (2013).

Millaleo Hernández, Salvador (2020). "El acuerdo de París sobre cambio climático y el proyecto de la ley marco en Chile: entre el protagonismo y la denegación de los pueblos indígenas". *Anuario de Derechos Humanos*, 141.

Moreno Parra, H. A. (2021). *Hacia una educación superior inclusiva. Praxis, Educación y Pedagogía*.

Morris, S. (2021). "Mechanisms for Indigenous Representation, Participation and Consultation in Constitutional Systems: International Examples to Inspire Chile". *International IDEA*, Strömsborg.

Munhós, Luyse Vilaverde Abascal; Urquiza, Antonio Hilario Aguilera; Rodrigues, Marco Antônio (2021) "Pueblos indígenas y el derecho a ir y venir: hacia una concepción intercultural de los derechos humanos". *Derecho y Realidad*, 19 (37): 19-32.

Muyskens, Kathryn (2021). "Avoiding Cultural Imperialism in The Human Right to Health". *Asian Bioethics Review*, 14(1): 87-101.

Naranjo Luzuriaga, Edison Joselito y Bonilla Jurado, Diego Mauricio (2022). "El problema de los derechos económicos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 22: 315-341.

Nussbaum, Martha (2011). *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Harvard University Press.

Parekh, Bhikhu (1999). "Common Citizenship in a Multicultural Society". *The Round Table*, 88(351): 449-460.

Peñafiel, Faundes, Juan Jorge (2022). "Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas". *CUHSO* (Temuco) [online], vol. 32, n. 2 [citado 2023-12-18], pp. 216-234.

Pehrson, S., González, R., & Brown, R. (2011). "Indigenous Rights in Chile: National Identity and Majority Group Support for Multicultural Policies". *Political Psychology*, 32, 667-690.

Phillips, James S. (2015). "The Rights of Indigenous Peoples Under International Law". *Global Bioethics*, 26(2): 120-127.

Prasad, Ajnesh (2007). "Cultural Relativism in Human Rights Discourse". *Peace Review*, 19 (4): 589-596.

Rainer, Arnold (2012). *The Universalism of Human Rights*. Springer.

Rehman, J., & Hoffler, H. (2011). "Indigenous Peoples: An Introduction to the Socio-Legal Framework with a Special Focus on the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and South Asia". *European Yearbook of Minority Issues Online*, 8(1), 337-365.

Renteln, Alison Dundes (2004). *The Cultural Defense*. Oxford University Press.

Richards, P. (2013). *Race and the Chilean Miracle: Neoliberalism, Democracy, and Indigenous Rights*.

Richards, P., & Gardner, J. A. (2013). "Still Seeking Recognition: Mapuche Demands, State Violence, and Discrimination in Democratic Chile". *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*, 8(3), 255-279.

Rodríguez-Piñero, Luis (2004). "La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional. Del colonialismo al multiculturalismo". *Revista Trace*, (46): 59-81.

Rupflin Alvarado, Walburga (1999). *El Tzolkin es más que un calendario*. Guatemala: Fundación CEDIM.

Sanders, Douglas (1999). "Indigenous Peoples: Issues of Definition". *International Journal of Cultural Property*, 8(1), 4-13.

Sen, Amartya (1999). *Development as freedom* (1st ed.). New York: Oxford University Press.

Sen, Amartya (2010). *La idea de la justicia*. Taurus.

Shweder, Richard A. (1991). *Thinking Through Cultures*. Harvard University Press.

Soifer, Aviam (1995). *Law and the Company We Keep*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Stavenhagen, Rodolfo (2008). "Building Intercultural Citizenship Through Education: A Human Rights Approach". *European Journal of Education*, 43(2): 161-179.

Stavenhagen, Rodolfo (1985). "The Indigenous Problematique". En IFDA (ed.), *IFDA Dossier*, Vol. 50.

Stephens, Pamela J. (2009). "Indigenous Peoples, Culturally Specific Rights, and Domestic Courts: A Response to Professor Fodella". *Vermont Law Review*, 30: 595-608.

Subramanian, S. V., *et al.* (2006). "Indigenous health and socioeconomic status in India". *PLoS Medicine*, 3(10).

Susetyo, Heru (2019). "Human Rights Regime between Universality and Cultural Relativism: The Asian and Indonesian Experience". *Indonesian Journal of International Law*, 16 (2): 191-209.

TallBear, Kim (2013). "Genomic articulations of indigeneity". *Social Studies of Science*, 43(4): 509-533.

Valenzuela Van Treek, E., & Henríquez Opazo, O. (2020). "Coyuntura crítica de negociación entre el Estado de Chile y el pueblo-nación mapuche". *Anuario del conflicto social* (9).

Valdivieso, D. (2016). "Reconocimiento político desde los mapuche en Santiago". 53, 915-935.

Volpp, Leti (1996). "Talking Culture: Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism". *Columbia Law Review*, 96: 1573-1996.

Walker, Scott, & Poe, Steven C. (2002). "Does Cultural Diversity Affect Countries' Respect for Human Rights?" *Human Rights Quarterly*, 24(1): 237-263.

Weston, Burns H. (2008). "Human Rights and Nation-Building in Cross-Cultural Settings". *Maine Law Review*, 60 (2): 317-346.

Wheeler, Helen, *et al.* (2020). "The Need for Transformative Changes in The Use of Indigenous Knowledge Along with Science for Environmental Decision-Making in The Arctic". *People and Nature*, 2(3): 544-556.

Wiener, A. (2013). "Tackling invisible frontiers of global justice: an extension of Sen's 'Comparison View of Justice' into IR". *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 16, 249-265.

Wiessner, Siegfried (2010). "Re-Enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime". *UCLA J. Int'l L. Foreign Aff.*, 15: 239-288.

Wojciechowski, Bartosz (2021). "Human Rights as an Element of Mutual Recognition and Equality of Opportunity". *Politeja*, 18(71): 95-114.

Xanthaki, A. (2010). "Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards". *Human Rights Quarterly*, 32, 21-48.

Zechenter, Elizabeth M. (1997). "In the Name of Culture: Cultural Relativism and the Abuse of the Individual". *Journal of Anthropological Research*, 53(3): 319-347.

2. Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombia (2020). Sentencia T-365 de 2020.

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

Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Serie A No. 16.

Capítulo 2

La Protección Especial de las niñas y niños indígenas o pertenecientes a comunidades tribales

El capítulo sobre la protección especial de las niñas y niños indígenas o pertenecientes a comunidades tribales presenta un panorama del marco normativo nacional e internacional de protección de sus derechos, aunque hará referencia a algunos principios y derechos inherentes a otras esferas de derechos que les son aplicables.

En efecto, los derechos de los niños y de las niñas indígenas se sitúan en la intersección de los derechos de las niñas y de los niños, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos contra la discriminación de las minorías. Existe un robusto *corpus iuris* de derecho internacional en cada una de estas áreas, aunque ninguno fue desarrollado para proteger específicamente a los niños indígenas (Rolnick, 2020).

Con respecto a lo anterior, cabe destacar que, además de disfrutar de los mismos derechos fundamentales que los adultos indígenas, las niñas y niños indígenas tienen derecho a protecciones adicionales debido a su condición de personas menores de edad. Estas garantías no solo les aseguran todos los derechos inherentes a su condición de miembros de pueblos o comunidades indígenas, sino que también incluyen salvaguardas específicas que buscan proteger y fomentar su identidad indígena (Woolley, 2009).

Es relevante destacar que, además de las protecciones específicas que salvaguardan su identidad y derechos como miembros de comunidades indígenas, las niñas y niños indígenas están igualmente amparados por el marco internacional de protección general destinado a la infancia (Valenzuela Reyes, 2016). Este conjunto de medidas de seguridad garantiza que todos los niños y todas las niñas, sin distinción de su contexto, disfruten de un ambiente seguro, respetuoso y propicio para su desarrollo integral.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar que no se profundizará en el contenido específico de cada uno de los derechos de las niñas y niños, ya que estos son abordados en detalle en las currículas de otras asignaturas. Sin embargo, cuando sea pertinente, se hará mención

de este cuerpo jurídico para enriquecer el análisis y comprensión de su protección y aplicación en el contexto indígena.

Por otra parte, en este capítulo se analizará el contenido de protocolos, o directrices sobre acceso a la justicia de niñas y niños indígenas a nivel internacional y nacional, prestando particular atención a los que se encuentran vigentes en Chile. Se detallará en particular el contenido del Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables del Poder Judicial de la República de Chile y el Protocolo de atención a usuarios y usuarias mapuche de los Juzgados y Tribunales de la Macrorregión Sur.

Este capítulo cuenta también con un acápite sobre derechos humanos de niños, niñas y cosmovisión indígena. En esa parte, explicará en qué medida la salvaguarda de los derechos humanos de niñas y niños indígenas exige que las autoridades estatales equilibren la protección de su bienestar físico y psicológico con el respeto a su identidad cultural y cosmovisión. Para ello, se planteará la importancia fundamental de que cualquier acción tomada considere tanto el interés superior de las niñas y niños indígenas en términos colectivos como individuales, integrando su participación en las decisiones que les conciernen. Este enfoque debe preservar las prácticas culturales que no perjudiquen su desarrollo, y erradicar aquellas que sean dañinas, todo dentro del marco de un diálogo intercultural que valore la diversidad y busque el entendimiento mutuo más allá de falsas dicotomías entre la cultura indígena y la sociedad mayoritaria.

El capítulo también tiene como objetivo describir de forma concisa los principales obstáculos que enfrentan los niños y niñas indígenas para acceder a la justicia. Además, se detallarán una serie de medidas propuestas para abordar y superar estas problemáticas.

Por último, se hará referencia a jurisprudencia nacional e internacional en materia relacionada con la protección de los derechos de niñas y niños indígenas. Se podrá constatar que la jurisprudencia nacional e internacional reconoce que las niñas y niños indígenas deben recibir un trato judicial y estatal que respeta su edad y herencia cultural. Los casos judiciales subrayan la importancia del interés superior del niño, integrando plenamente su contexto étnico. Se destaca la educación bilingüe y culturalmente pertinente como esencial, así como políticas de salud adaptadas a sus necesidades específicas. Se enfatiza la preferencia por alternativas a la detención y la protección de la identidad cultural en contextos de encarcelamiento, junto con la garantía de un ambiente nutricionalmente adecuado y culturalmente respetuoso. Las decisiones reflejan un compromiso con el bienestar y los derechos de las niñas y

niños indígenas, priorizando su desarrollo en un entorno seguro y respetuoso de su identidad cultural.

a) El *corpus iuris* nacional e internacional en relación con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes indígenas

Tal como fuera mencionado en capítulos anteriores con relación a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, el *corpus iuris* sobre los derechos humanos de la niñez indígena está conformado por un conjunto de tratados, convenciones, declaraciones leyes, y otras normativas tanto a nivel nacional como internacional, destinadas a proteger y promover los derechos específicos de este grupo (Eide, 2001, y Carpenter & Riley, 2013).

Este marco normativo tiene como objetivo primordial garantizar que las niñas y niños indígenas o provenientes de comunidades tribales, disfruten de todos sus derechos en igualdad de condiciones con otras personas, en particular otros niños y niñas, respetando su identidad cultural, social y lingüística, y teniendo en cuenta sus tradiciones, valores y formas de organización social.

A continuación se enuncian los componentes principales del referido *corpus iuris* sobre derechos de la niñez indígena siguiendo el mismo esquema que en los capítulos anteriores.

1. Corpus iuris internacional sobre derechos de la niñez indígena y tribal

1.1. Algunos principios generales sobre los derechos de niñas y niños

Antes de referirnos específicamente a los derechos la niñez indígena, corresponde recordar que los niños y niñas, en términos generales, son titulares de los mismos derechos fundamentales que las personas adultas, aunque estos derechos se contextualizan de manera diferente debido a su vulnerabilidad y necesidades de desarrollo (Castell-McGregor, 1985).

Del mismo modo, los niños y niñas indígenas o de grupos tribales gozan de los mismos derechos que otros niños y niñas, conforme a diversos instrumentos y marcos internacionales de derechos humanos (Rolnick, 2020). Sin embargo, de acuerdo con estas fuentes, con el obje-

tivo de lograr la igualdad de derechos tomando en cuenta las particularidades de la niñez indígena, se establecen medidas específicas para proteger y promover el bienestar de las niñas y niños indígenas (Blackstock, Bamblett, & Black, 2020; Woolley, 2009).

De conformidad con lo anterior, el siguiente acápite será referencia a las disposiciones específicas relacionadas con las niñas y niños indígenas o provenientes de comunidades tribales, sin referirnos a las disposiciones generales vinculadas con los derechos de todas y todos las niñas y niños.

Sin perjuicio de lo expresado, resulta útil recordar de una manera muy sucinta algunos de los principios fundamentales sobre derechos de infancia que también deben ser aplicados a la niñez indígena.

En la Opinión Consultiva OC-21/14 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (2014), la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que "cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación". (párrafo 69).

El interés superior del niño y de la niña se encuentra mencionado en el artículo 3.1 de la CIDN, y en términos generales se trata de un principio que debe ser primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, así como en su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. Este principio, cuya formulación abierta ha llevado a diferentes interpretaciones (Poder Judicial de la República de Chile, Academia Judicial, 2022) se basa en la idea de que los niños son titulares de derechos y que su bienestar y desarrollo deben ser la prioridad principal en todas las decisiones y medidas que les afecten. Este principio se aplica en diversos contextos, tales como procedimientos judiciales, acciones administrativas y políticas públicas, aunque su aplicación no se restringe exclusivamente a estos ámbitos (Hong, 2003; Zermatten, 2010).

El Comité de los Derechos del Niño indicó en su Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), que este concepto ape-

la a un derecho, un principio y una norma de procedimiento. En primer lugar, se trata de un derecho de las niñas y niños para que su interés sea tomado en cuenta, y se evalúa el mismo cuando existan otros intereses para la toma decisiones que como consecuencia afectan a un niño o niña, o a los niños en general. En segundo lugar, es un principio de interpretación fundamental, conforme al cual prevalecerá la norma que de mejor manera satisfaga el ejercicio de derechos los niños. Por último, es una norma de procedimiento que determina que el proceso para reducción de medidas que afecten a niñas y niños debe incluir una estimación de sus posibles repercusiones, lo cual incluye necesidad de incorporar garantías procesales (UNICEF/Asamblea Nacional del Ecuador, 2018).

En lo que se refiere al principio de no discriminación, el artículo 2 de la CIDN prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niña y niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, lo cual "exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales". Asimismo, debe considerarse que el derecho del niño al efectivo acceso a la justicia conlleva la obligación de las instituciones de brindar al niño el trato diferenciado y especializado (Poder Judicial de la República de Chile, Academia Judicial, 2022).

El artículo 12 de la CIDN establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. De ese modo, se deberá dar al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, de forma directa o por medio de un representante. Del mismo modo, el derecho a ser escuchado del niño o la niña no constituye un fin en sí mismo, sino que se trata de un medio para que las medidas que se adopten a favor de ellos por parte del Estado estén orientadas a la puesta en práctica de sus derechos. Este derecho es un principio fundamental, que debe considerarse en los procesos judiciales y administrativos en que estén involucrados (Comité de Derechos del Niño, Observaciones Generales 5 y 12; Poder Judicial de la República de Chile, Academia Judicial, 2022).

Por último, el artículo 6 de la CIDN reconoce el derecho intrínseco de la niña y del niño a la vida y la obligación de los Estado de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño. En

cualquier decisión judicial deberán evaluarse cómo esa decisión impacta en la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (Poder Judicial de la República de Chile, Academia Judicial, 2022).

1.2. Tratados internacionales y regionales que contienen disposiciones relacionadas con derechos de niños y niñas indígenas o pertenecientes a comunidades tribales

1.2.1 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)

Se indicó en el capítulo 1 de este material que la CIDN destaca los siguientes derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas:

Derecho a la salud intercultural. El artículo 24 de la CIDN reconoce el derecho de todos los niños a la salud, que debe incluir la atención sanitaria preventiva, curativa y rehabilitadora. Este derecho se aplica, en particular, a los niños, niñas y adolescentes indígenas, que tienen derecho a acceder a servicios de salud interculturales que respeten sus necesidades específicas. La salud intercultural es fundamental para garantizar que los niños, niñas y adolescentes indígenas puedan vivir una vida sana y plena.

Derecho de acceso a la información. El artículo 17 de la CIDN reconoce la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Para tales fines, indica entre otros que, los Estados alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo indígena.

Derecho a la educación intercultural. El artículo 28 de la CIDN establece el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho. Lo anterior implica a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la

base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Además, en el artículo 28.2 los Estados se comprometen a adoptar cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

Derecho a la identidad cultural. El artículo 30 de la CIDN reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener y desarrollar su identidad cultural, incluyendo la lengua, las costumbres y las tradiciones. El artículo establece en concreto que 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.

1.2.2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes contiene varias alusiones a los derechos de niñas y niños. En su preámbulo reconoce en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño.

Derecho a la paz, a la seguridad y a la protección. El artículo 7 señala que los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Derecho a la educación. El artículo 14.1 reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. El artículo 14.2 agrega que las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del

Estado sin discriminación. El último inciso de ese artículo señala que los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Sobre derechos laborales. En el artículo 17.2 se hace alusión a que los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

Protección contra todas las formas de violencia y discriminación. De conformidad con el artículo 21.2, los Estados prestarán particular atención a los derechos y necesidades especiales de los niños y niñas indígenas para adoptar medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de las condiciones económicas y sociales de los pueblos indígenas y tribales.

Protección contra todas las formas de violencia y discriminación. El Artículo 22.1 indica que se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los niños y niñas en la aplicación de la Declaración. El Inciso 2 subraya que los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las niñas y niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Derecho al aprendizaje de los idiomas o lenguas nativas. El Convenio 169 menciona en su artículo 28.1 que siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños y niñas de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

Derecho a la educación: El artículo 29 indica que un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

1.3. Otros instrumentos internacionales

En este apartado, se aludirá a otros instrumentos internacionales, sean declaraciones, u otros que no tienen los mismos efectos jurídicos que los tratados, pero que son referentes jurídicos que orientan el respeto de los derechos humanos y que contienen menciones específicas a los derechos de los niñas y niñas indígenas. Entre tales se encuentran los siguientes.

1.3.1. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas menciona los derechos de las niñas y niños indígenas en varias de sus disposiciones. En su preámbulo, reconoce en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño.

Derecho a no ser sometidos a actos de violencia ni a ser trasladado forzosamente. El artículo 7.2 establece que pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Derecho a la educación. El derecho a la educación está abordado de manera específica en el artículo 14. El primero inciso menciona que Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. El siguiente inciso indica que los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación. Asimismo, el artículo 14.3 estable que los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Sobre el trabajo de las niñas y niños indígenas. El artículo 17 de ese instrumento señala que los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños y niñas indígenas contra la explotación económica y contra todo

trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para fomentar su agencia.

Medidas especiales para el mejoramiento de las condiciones económicas y sociales. Los artículos 21 y 22 se refieren a las medidas especiales hacia las niñas y niños indígenas. En particular, el artículo 21 indica que los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los niños y niñas indígenas.

Protección contra todas las formas de violencia y discriminación. El artículo 22 se refiere a que la aplicación de la Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los niños y niñas indígenas. Además, los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

1.3.2. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contiene disposiciones referidas a los derechos de las niñas y niños indígenas.

Igualdad de género. En el artículo VII sobre igualdad de género, se establece que los Estados adoptarán las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas.

Derecho a la Educación. Al Igual que la Declaración de Naciones Unidas, la Declaración regional menciona el derecho a la educación de las niñas y niños indígenas. El artículo XV.1 sobre Educación, indica que los pueblos y personas indígenas, en particular los niños y niñas indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación. Además, el artículo XV.2 menciona que los Estados y los pueblos indígenas, en concordancia con el principio de igualdad de oportunidades, promoverán la reducción de las disparidades en la educación entre los pueblos indígenas y los no indígenas. El inciso 3 de

ese mismo artículo establece que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. Además, el artículo XV.4 señala que los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular los niños y niñas, que viven fuera de sus comunidades puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas.

Sobre la familia indígena. El Artículo XVII.2 determina que, en asuntos relativos a la custodia, adopción, ruptura del vínculo familia, y en asuntos similares, el interés superior del niño deberá ser de consideración primaria. En la determinación del interés superior del niño, las cortes y otras instituciones relevantes deberán tener presente el derecho de todo niño indígena, en común con miembros de su pueblo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y a practicar su propia religión o a hablar su propia lengua, y en ese sentido, deberá considerarse el derecho indígena del pueblo correspondiente, y su punto de vista, derechos e intereses, incluyendo las posiciones de los individuos, la familia, y la comunidad.

Sobre derecho laborales. El artículo XXVII.2 menciona que los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, deberán adoptar medidas inmediatas y eficaces para eliminar prácticas laborales de explotación con respecto a los pueblos indígenas, en particular, las niñas, los niños, las mujeres y los ancianos indígenas.

Derecho a la paz, a la seguridad y a la protección. El artículo B prescribe que los Estados, en cumplimiento de los acuerdos internacionales de los cuales son parte, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en caso de conflictos armados tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades.

Asimismo, los Estados: a. No reclutarán a niños, niñas y adolescentes indígenas en las fuerzas armadas en ninguna circunstancia; y c. Tomarán medidas especiales y efectivas en colaboración con los pueblos indígenas para garantizar que las mujeres, niños y niñas indígenas vivan libres de toda forma de violencia, especialmente sexual y garantizarán el

derecho de acceso a la justicia, la protección y reparación efectiva de los daños causados a las víctimas.

1.3.3. Comité sobre Derechos del Niño. Observación General No. 11, 2009. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención

La Observación General No. 11 aborda temas esenciales como la identidad cultural, el acceso a la salud y la educación, y la protección contra la discriminación y la violencia, entre otros aspectos relacionados con el bienestar de los niños indígenas.

Este documento analiza los derechos y los principios contenidos en la CIDN cuyos destinatarios son las niñas y niños en general, y los interpreta para aplicarlos cuando se trata de personas indígenas. Se mencionan aquí los afectos de esta decisión que se encuentran vinculados en mayor medida con las actividades que deben llevar a cabo los órganos judiciales.

De ese modo, el Comité precisa que 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 (párrafo 31). Asimismo, 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 (párrafo 32).

En lo que atañe el principio de no discriminación, el Comité precisó que, para proteger de manera efectiva a los niños contra la discriminación, los Estados tienen 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 (párrafo 23).

Asimismo, interpretando el artículo 12 de la CIDN, el Comité interpretó que era necesario distinguir entre, por una parte, el derecho del niño como persona a expresar su opinión y, por otra, el derecho a ser oído colectivamente, el cual permite que los niños como grupo intervengan en las consultas sobre cuestiones que los afectan (párrafo 38). En lo que se refiere a los diferentes niños indígenas, el Estado 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 (párrafo 39).

Con relación a la justicia juvenil, la cual se encuentra mencionada en los artículos 37 a 40 de la CIDN, tomando en cuenta 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 sociedad, el Comité 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 niño. Los Estados, 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 (párrafos 74 y 75).

1.3.4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, también conocidas como las Directrices de Riad, son un conjunto de recomendaciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990. Estas directrices tienen como objetivo orientar a los Estados miembros en el desarrollo e implementación de políticas y prácticas que prevengan la delincuencia juvenil y protejan los derechos de los jóvenes en riesgo de delinquir o que ya han delinquido.

Las Directrices de Riad se basan en varios principios fundamentales, como la importancia de considerar el bienestar de los jóvenes en todas las medidas relativas a la prevención de la delincuencia; el respeto por los derechos humanos de los jóvenes; y la necesidad de abordar las causas subyacentes de la delincuencia juvenil, como la pobreza, la falta de oportunidades educativas y de empleo, y la exposición a la violencia y la discriminación (Manco, 2013; Wasserman, 2003; Greenwood, 2008).

Esas directrices indican que deberá "cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por

ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo […]" (párrafo 14). Esas directrices agregan con respecto a niñas y niños indígenas que deberá "prestarse especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados. Como tales cambios pueden perturbar la capacidad social de la familia para asegurar la educación y crianza tradicionales de los hijos, a menudo como resultado de conflictos culturales o relacionados con el papel del padre o de la madre, será necesario elaborar modalidades innovadoras y socialmente constructivas para la socialización de los niños" (párrafo 15).

Del mismo modo, con relación a la educación, las directrices establecen que se aplicarán "diversos programas educativos para lograr que los maestros, otros adultos y los estudiantes comprendan los problemas, necesidades y preocupaciones de los jóvenes, especialmente de aquellos que pertenecen a grupos más necesitados, menos favorecidos, a grupos de bajos ingresos y a minorías étnicas u otros grupos minoritarios".

1.3.5. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 14 de diciembre de 1990

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas el 14 de diciembre de 1990, son un conjunto de estándares internacionales destinados a garantizar la protección y el trato adecuado de los niñas y niñas (definidos como individuos personas de 18 años) que están privados de su libertad. Esas reglas documento abarca una amplia gama de situaciones, incluyendo la detención previa al juicio, el encarcelamiento tras una condena, y cualquier otra forma de detención o encierro de niñas y niños.

Estas reglas se basan en principios fundamentales de derechos humanos y tienen el objetivo de asegurar que los menores privados de libertad sean tratados de manera justa y humana, y que se respeten sus derechos legales y humanos (Barrera, 2020).

Deber de prestar especial atención a la enseñanza de niños y niñas indígenas. El párrafo 4 de esas reglas indica que deberán aplicarse impar-

cialmente a todos los niños y niñas, sin discriminación y que se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores. A su vez, "las reglas establecen que la administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares" (párrafo 38).

Descentralización e integración con el entorno cultural de los centros de detención. Los centros de detención para menores "deberán estar descentralizados y tener un tamaño que facilite el acceso de las familias de los menores y sus contactos con ellas. Convendrá establecer pequeños centros de detención e integrarlos en el entorno social, económico y cultural de la comunidad" (párrafo 30).

Adecuación de la alimentación a las normas culturales. Todos los centros de detención deben garantizar que todo menor disponga de una alimentación adecuadamente preparada y servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud y, en la medida de lo posible, las exigencias religiosas y culturales (párrafo 37).

1.3.6. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing") de 28 de noviembre de 1985

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, comúnmente conocidas como las "Reglas de Beijing", fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985. Este conjunto de reglas establece pautas internacionales para la administración de la justicia de niñas y niños.

El párrafo 22.1 establece que el personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

De acuerdo con lo anterior, para lograr la imparcialidad de la administración de la justicia de menores debe evitarse todo género de discriminación por razones políticas, sociales, sexuales, raciales, religiosas, culturales o de otra índole en la selección, contratación y ascenso del personal encargado de la justicia de menores.

1.3.7. Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, de marzo de 2008

Las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron adoptadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008. Estas reglas abarcan diversas áreas, incluyendo la manera en que deben llevarse a cabo las comparecencias, la seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad, la accesibilidad para personas con discapacidad, la participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales, y la consideración especial hacia personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, personas afrodescendientes y otras diversidades étnicas y culturales.

Algunos aspectos destacados incluyen la importancia de realizar las comparecencias en entornos cómodos, seguros y accesibles, y la adaptación del lenguaje judicial a las necesidades de la persona en condición de vulnerabilidad. Además, se enfatiza en la necesidad de respetar la dignidad y las tradiciones culturales de las personas pertenecientes a diversas etnias y culturas (Goldman, 2020).

Aunque las Reglas de Brasilia no se refieren específicamente a niños y niñas indígenas de manera particular estas también se aplican a esa población. Lo anterior se debe a que pertenecen tanto al grupo de los pueblos indígenas como al de los niños y niñas, ambos reconocidos explícitamente como grupos vulnerables. De esas reglas se desprenden disposiciones relacionadas con la adaptación cultural en el marco de los procedimientos judiciales y los servicios de acceso a la justicia. Estos deben adaptarse a las características culturales de los pueblos indígenas, lo que implica un esfuerzo por parte del sistema judicial para entender y respetar las lenguas, normas, y prácticas tradicionales indígenas.

Asimismo, para los niños y niñas indígenas que no hablen el idioma oficial o que lo hagan como segunda lengua, se debe garantizar el servicio de intérpretes y traductores que permitan una comunicación efectiva, asegurando su comprensión y participación adecuada en los procedimientos judiciales. Del mismo modo, se desprende del texto de las Reglas de Brasilia, que se recomiendan la formación de los operadores de justicia en derechos humanos, derechos de los pueblos indígenas y en particularidades culturales, con el fin de sensibilizarlos sobre las necesidades específicas de los niños y niñas indígenas y promover un trato adecuado.

Además, se plantean medidas de protección especial: Se deben adoptar medidas de protección especial para los niños y niñas indígenas, considerando su doble vulnerabilidad por ser menores de edad y pertenecer a un grupo étnico discriminado o marginado. Esto puede incluir la designación de representantes legales especializados y la creación de espacios de atención especializada que respeten su cultura y contexto.

Situación de vulnerabilidad de las niñas y niños indígenas. Las reglas indican que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Se especifica que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. (párrafo 3).

Con relación a lo anterior, se establece que las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen, identidad indígena o su condición económica. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los sistemas de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, idioma y tradiciones culturales (párrafo 9).

Resolución de conflictos en el seno de la comunidad. Las reglas recomiendan estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, la comunidad afrodescendiente y otras diversidades étnicas y culturales. Además, se propiciará la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal y los medios de administración de justicia tradicionales de las comunidades mencionadas, basadas en el respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (párrafo 48).

Las reglas de Brasilia mencionan asimismo que serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de las comunidades indígenas, afrodescendientes y pertenecientes a otras diversidades étnicas y culturales, por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y/o antropológico, y al derecho a expresarse en el propio idioma (párrafo 49).

Respeto por la cosmovisión indígena en los procedimientos judiciales. Las reglas mencionan que en la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad y cosmovisión, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, personas afrodescendientes y otras diversidades étnicas y culturales conforme al ordenamiento jurídico de cada país (párrafo 80).

1.3.8. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) de 17 de diciembre de 2015

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, conocidas como las Reglas Nelson Mandela, representan un conjunto de estándares internacionales fundamentales para la gestión de las instituciones penitenciarias y el trato a los reclusos.

El documento no contiene reglas específicas para reclusos pertenecientes a comunidades indígenas o tribales. Tampoco se hace referencia a situaciones de niños y niñas indígenas. Sin perjuicio de lo anterior, la Regla 72 establece que la administración del establecimiento penitenciario tratará con respeto y dignidad los restos mortales de todo recluso fallecido, y que facilitará un funeral culturalmente apropiado, si no hubiera nadie dispuesto o capaz de hacerlo, y mantendrá un expediente detallado del caso.

1.3.9. Manual sobre programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas de 2006

Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal proporcionan una guía para la implementación de prácticas de justicia restaurativa en el sistema penal. Estos principios básicos fueron desarrollados para promover el uso de la justicia restaurativa de manera que respete los derechos y

necesidades de las víctimas, los infractores y las comunidades afectadas por el delito.

El Manual sobre programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas fue publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en el año 2006. Este documento, actúa como una herramienta práctica para apoyar a los países en la implementación de leyes y en el desarrollo de reformas en materia de derecho penal. Está diseñado para ser utilizado en una variedad de contextos. El manual ofrece una visión general de consideraciones relevantes para la implementación de respuestas participativas al delito basadas en una metodología de justicia restaurativa.

La justicia restaurativa se centra en reparar el daño causado por un delito, buscando resultados beneficiosos tanto para las víctimas como para los infractores, y, en la medida de lo posible, involucrando a la comunidad en el proceso de solución (Drost *et al.*, 2015; Rodríguez, 2007; Daly, 2015).

Para algunos autores, la justicia restaurativa tiene sus raíces en las prácticas de conciliación de los grupos indígenas, donde se aplicaba este enfoque para resolver conflictos dentro de la comunidad (Cely, 2012). Estas prácticas han evolucionado hasta ser incorporadas en contextos judiciales a través de la justicia restaurativa, lo que resalta la importancia de considerar las perspectivas y tradiciones de las comunidades indígenas en estos procesos (Daly, 2002). Asimismo, la justicia restaurativa, al ser influenciada por las tradiciones indígenas, puede ser más efectiva al abordar las necesidades específicas de estas comunidades y al promover la reconciliación y la reintegración de una manera culturalmente sensible (Upton, 2021).

El manual estipula que los facilitadores y los administradores de un programa de justicia restaurativa deben hacer todo lo que esté a su alcance para reducir la posibilidad de parcialidades y discriminación en su interacción con los autores de los delitos, las víctimas y los miembros de la comunidad de diferentes culturas o antecedentes étnicos. Como un medio de incrementar las interacciones positivas, los programas deben considerar ofrecer capacitación en habilidades culturales para practicantes de justicia restaurativa (Manual sobre programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas, 2006).

Por otra parte, el manual recuerda que es importante que los procesos restaurativos consideren el impacto de los desbalances de poder entre la víctima y el perpetrador del delito, lo cual puede, potencialmente, poner a una de las partes en desventaja durante el proceso restaurativo. Entre

las disparidades que deben considerarse están los factores étnicos o culturales, o cualquier otro atributo que pueda comprometer significativamente la habilidad de una persona para participar equitativamente en el proceso de justicia restaurativa. Tales desbalances de poder deben tomarse en cuenta al remitirse a casos con proceso de justicia restaurativa (Manual sobre programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas, 2006).

Además, se indica que, dependiendo de la estrategia restaurativa específica usada, puede haber una lista extensa de responsabilidades reparativas, requerimientos de tratamientos y (en comunidades indígenas) sanación tradicional y rituales para construir la comunidad (Manual sobre programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas, 2006).

1.3.10. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) de 16 de marzo de 2011 y comentario a las mismas

Como fuera mencionado en los capítulos anteriores, estas reglas consisten un conjunto de directrices que buscan abordar las necesidades específicas de las mujeres en el sistema de justicia penal. Asimismo, algunas de esas reglas se refieren a mujeres indígenas y a niños y niñas. Resultan relevantes para las temáticas que se abordan en este acápite.

De ese modo, la regla 54 plantea que "las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se atiendan esas necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes".

El comentario a las reglas de Bangkok, indica en cuanto a esta regla que los programas que abordan las necesidades específicas de género de internas mujeres miembros de grupos minoritarios o pueblos indígenas, como también sus necesidades culturales, espirituales y religiosas, están ausentes en la gran mayoría de las cárceles. Las autoridades penitenciarias deberían trabajar conjuntamente con las mujeres para desarrollar programas adecuados a las necesidades de las mujeres delincuentes que sean miembros de minorías o pueblos indígenas. Por tanto, resulta importante involucrar a las organizaciones de la comunidad "para que diseñen e implementen programas disponibles para el mantenimiento

del vínculo entre los internos y el mundo exterior, dando lugar a que tales recursos alivien las presiones financiarías y mejoran el ambiente penitenciario". Asimismo, se entiende también que, en el caso de grupos minoritarios e indígenas, la continuidad de los contactos con la comunidad es comúnmente de una particular importancia, debido a su sentido de alienación y aislamiento dentro del sistema y al alto nivel de angustia experimentada como resultado del rompimiento de los vínculos con la comunidad en algunas culturas (Comentario a las Reglas de Bangkok, 2011).

Asimismo, esa regla implica necesariamente que debe darse particular cuidado a la toma de decisiones para separar a los niños de comunidades indígenas. Las decisiones deben incluir el reconocimiento del impacto de opresiones pasadas y de las políticas de separación de niños en los niños, sus madres, sus familias y su comunidad. Si un niño indígena es separado, el niño debe ser ubicado con miembros de su propia familia o relacionados con la comunidad (Comentario a las Reglas de Bangkok, 2011).

1.3.11. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas de 2011

El Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas 2011, publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, analiza la situación de la justicia juvenil y su relación con los derechos humanos, basándose en peticiones, casos, medidas cautelares y audiencias públicas.

Alguna de las disposiciones que se mencionan en este informe se encuentran relacionados con la niñez indígena en el marco de la justicia juvenil.

Participación en el proceso, necesidad de contar con información sobre su situación. La Comisión hizo alusión a la necesidad de que los niños y niñas cuenten con información sobre su situación como prerrequisito para el ejercicio del derecho a participar en un proceso de justicia juvenil. Además, incumbe a las autoridades asegurarse de que los niños comprendan cada cargo que pesa en su contra, pero también los niños y niñas sometidos a un proceso ante la justicia juvenil deben contar con el asesoramiento de un abogado defensor desde el primer momento para poder estar bien informados (párrafos 189 y 190).

Derecho a contar con la asistencia de un intérprete. La Comisión Interamericana señala además que lo anterior implica no sólo la necesidad de explicar a los niños las consecuencias de ingresar al sistema de justicia juvenil en un lenguaje adecuado para su edad, sino que implica adicionalmente la obligación de proveer personal capacitado en el idioma de los niños, particularmente de niños indígenas o provenientes de otras culturas, teniendo así derecho a la asistencia gratuita de un intérprete, así como también de personal entrenado para trabajar con niños con capacidades especiales (párrafo 191).

Medios alternativos de solución de controversias. La Comisión observó que el uso de medios alternativos de justicia puede facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración del niño en la comunidad. Asimismo, estos mecanismos pueden resultar particularmente eficaces para atender los casos de niños infractores en comunidades indígenas (párrafo 234).

Derecho a la educación. La Comisión considera que los objetivos de las sanciones en la justicia juvenil exigen la implementación de programas de educación, incluida la escolarización formal, la formación profesional y para el trabajo, y las actividades recreativas y deportiva. El informe establece que la garantía de acceso a los distintos tipos de programas educativos y de formación debe dar lugar a ciertas particularidades en el caso de poblaciones específicas, respetando la diversidad étnica, racial y lingüística. Por ejemplo, en el caso de niños pertenecientes a pueblos indígenas la ejecución de estos programas debe respetar sus usos, costumbres y prácticas culturales. Entre otras características, los programas deben ser respetuosos de la lengua de estos niños, para lo cual deben contar con personal especial o intérpretes competentes y suministrar material escrito adecuado. No obstante, tan sólo un Estado Miembro mencionó al responder el cuestionario la existencia de programas específicos para la población indígena detenida (párrafos 492 y 497).

1.3.12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, de 2017

El informe "Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección" informe busca profundizar en el análisis de las capacidades actuales de los Estados, a través

de sus sistemas nacionales de protección de los derechos de la niñez para cumplir con el mandato normativo de garantizar los derechos de la niñez y de responder adecuadamente a las violaciones, identificando los principales avances que se observan así como los desafíos más comunes que éstos enfrentan.

En ese informe, algunas disposiciones resultan importantes para el tema que nos ocupa en torno a los derechos de las niñas y niños indígenas.

El informe menciona en que resulta necesario contar con un abordaje de la temática de la niñez por los Estados se realice desde un enfoque integral y amplio que gire en torno al niño y a todos sus derechos tal y como están reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos (párrafo 272).

Otorgar centralidad a los niños, niñas y en el funcionamiento de los Sistemas Nacionales de Protección, implica entre otras cosas: reconocerlos titulares de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y partir de la lógica de su desarrollo integral; entender la protección de sus derechos como un continuum y no como intervenciones aisladas y desconectadas; asumir la existencia de necesidades diferentes en función de la evolución de sus capacidades y de su crecimiento, las cuales llevan aparejadas responsabilidades de diferente naturaleza e intensidad por parte del Estado, la familia y la sociedad en cada etapa de desarrollo; respetar la autonomía que progresivamente que adquieren para el ejercicio autónomo de sus derechos, en función de su edad y madurez; reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opiniones sean debidamente escuchadas y tomadas en consideración en todas las decisiones que les afecten; poner especial atención en aquellos grupos de niñas y niños que enfrentan desafíos especiales o particulares en el goce de sus derechos con el objetivo de promover condiciones para asegurar sus derechos; e introducir el principio del interés superior del niño como una consideración principal en todas las decisiones que se adopten que afecten a los Niños y niñas, así como adoptar las medidas necesarias para velar que este interés sea efectivamente valorado y justificado objetivamente (párrafo 274).

Perspectiva intercultural. En aras de cumplir con lo anterior, la "perspectiva intercultural supone un respeto por las diferencias, reconoce y respeta el derecho a la diversidad y fomenta la interacción entre culturas de una forma equitativa, donde se concibe que ningún grupo cultural se encuentre por encima del otro, y reconoce y valora los aportes de

todos ellos en la sociedad. El enfoque intercultural alude al reconocimiento de la diversidad cultural, otorgando legitimidad a las representaciones, concepciones y prácticas culturalmente distintas, y promueve el conocimiento y el respeto mutuo entre culturas" (párrafo 384). Lo anterior implica necesariamente que se deba promover que "el niño, niña o adolescente que pertenezca a pueblos indígenas, grupos religiosos, lingüísticos, migratorios u otros grupos, a preservar su propia cultura, a profesar y practicar su religión o creencias, y a emplear su propio idioma" (párrafo 385).

Además, la Comisión señaló que el enfoque intercultural debe permitir identificar estas desigualdades estructurales basadas en la pertenencia a un determinado grupo lingüístico, religioso, cultural o étnico, y diseñar medidas para su superación a través de objetivos concretos, medibles, y cuyo cumplimiento sea monitoreado. Supone, por ejemplo, reconocer que los niños y niñas de origen indígena y migrantes, por ejemplo, necesitan medidas especiales para el cumplimiento de sus derechos individuales y colectivos sin discriminación y en igualdad de condiciones que el resto de la población" (párrafo 386).

El informe también señala que "deben fijarse objetivos concretos y metas en la Política Nacional para la Niñez que permitan medir avances y poder rendir cuentas a la sociedad sobre las acciones y los resultados obtenidos en este campo. Esta información debe hacerse de público acceso, y en diversas lenguas, como las lenguas indígenas y de otras minorías lingüísticas. Los servicios que presta el Sistema Nacional de Protección deben ser adaptados para respetar las diferencias culturales, lingüísticas, de cosmovisiones, creencias e ideologías, además de facilitar y favorecer el acceso de todos los grupos" (párrafo 386).

La protección de la familia como elemento destacado de la protección de los derechos de la niñez. El Informe expresa que "el Estado a través del Sistema Nacional de Protección debe estar en capacidad de poder identificar a las familias en mayor situación de vulnerabilidad para prestarles una atención especial, como las familias pobres, indígenas, de un grupo étnico tradicionalmente discriminado, monoparentales, aquellas conformadas por padres-madres adolescentes, y las familias en la que alguno de sus integrantes —ya sea el niño o los progenitores— tenga alguna discapacidad" (párrafo 398).

1.4. Protocolos o directrices a nivel internacional o transnacional sobre derechos de niñas y niños indígenas

1.4.1. Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas del Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo de 2009

Las Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas del Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, publicadas el 1 de abril de 2009, tienen como objetivo principal asistir al sistema de las Naciones Unidas para integrar y transversalizar las cuestiones de los pueblos indígenas en sus actividades operativas y programas a nivel nacional.

En esas directrices se mencionan como principios rectores en materia de educación que la educación debe ser culturalmente apropiada para los niños y niñas indígenas, adaptada a sus culturas y bilingüe cuando sea apropiado.

Asimismo, las niñas y niños indígenas tienen derecho: a) no ser objeto de discriminación; b) disfrutar de su cultura; c) Usar su propia lengua (leer y escribir en su propia lengua; d) profesar y practicar su propia religión; e) tener acceso a educación, capacitación vocacional, salud y otros servicios que sean culturalmente sensibles, y a f) ser protegidos contra toda forma de violencia, explotación, abuso y abandono, incluyendo la explotación sexual comercial, la trata y el trabajo infantil que tenga probabilidad de ser peligroso o de interferir con la educación del niño.

Asimismo, se menciona que el principio de la no discriminación exige que se preste atención específica a los grupos más vulnerables dentro de las comunidades indígenas. En muchos países, los niños y niñas indígenas tienen mayor probabilidad que cualquier otro niño de sufrir discriminación.

Por otra parte, con relación al derecho a la consulta previa, esas directrices establecen que los pueblos indígenas deben poder participar mediante sus representantes libremente elegidos y sus instituciones consuetudinarias o de otra índole. La inclusión de una perspectiva de género y la participación de las mujeres indígenas son fundamentales, así como la participación de los niños y los jóvenes, según corresponda. Además, en los procesos de consentimiento libre, previo e informado, los pueblos indígenas, los organismos de las Naciones Unidas y los gobiernos deben garantizar un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda.

1.4.2. Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas de 2014

El Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas fue aprobado unánimemente durante la reunión preparatoria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Guadalajara, México. Este protocolo tiene como objetivo mejorar el acceso a la justicia para personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad.

El protocolo retoma la descripción de los principios contenidos en la CIDN sobre el interés superior de la niña y el niño; la no discriminación; el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo, y el derecho de los niños y niñas a opinar en todos los asuntos que nos concierne, y a que a su opinión sea tomada en consideración. Obviamente, estos principios son igualmente aplicables a las niñas y niños indígenas.

Sobre el principio de no discriminación, observa que la aplicación del principio a la no discriminación como igualdad de acceso a los derechos no debe entenderse como trato idéntico, sino como la detección de discriminaciones existentes frente a las cuales impulsar medidas especiales y que cobra sentido pensando en poblaciones como la infancia en general, o infancia indígena entre otros.

2. Corpus iuris nacional sobre derechos de la niñez indígena

2.1. Normativa

Con respecto a la normatividad interna chilena, corresponde en primer término recordar que las regulaciones constituciones, legales o de otra naturaleza que conciernen a todas las niñas y a todos los niños, deben también ser aplicados a la niñez indígena. Del mismo modo, las niñas y niños indígenas son también titulares de los derechos contenidos en los instrumentos nacionales que conciernen las comunidades y pueblos indígenas y tribales, por lo cual se les deben aplicar las disposiciones relevantes en la materia.

Según se señala en el Protocolo de Acceso a la Justicia de niñas, niños y adolescentes del poder judicial de la República de Chile, el marco normativo nacional general relacionado con niñas y niños comprende:

a) la Constitución Política de la República de Chile de 1980;
b) el Código Civil (texto refundido con la ley de abandono de hogar y pago de pensiones alimenticias);
c) el Código Penal;
d) el Código Procesal Penal: a. Norma del artículo 191 bis que regula la Anticipación de Prueba de Menores de edad. b. Normas de juicio oral: por ejemplo los artículos 302, 306, 310, 320 (NNA no son objeto de pericias);
e) la Ley N° 16.618 de Menores (fue refundido, coordinado y sistematizado en Ley Chile-DFL 1 de 30 de mayo de 2000);
f) la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia;
g) la Ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal y su Reglamento;
h) la Ley N° 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales;
i) la Ley Nº 20.066, que establece la violencia intrafamiliar;
j) la Ley Nº 20.526, que establece las sanciones del acoso sexual a menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil;
k) la Ley Nº 20.536 sobre violencia escolar;
l) la Ley Nº 20.594 que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades;
m) la Ley Nº 20.430 que establece las disposiciones sobre protección de refugiados la Ley Nº 20.430 que establece las disposiciones sobre protección de refugiados incluyendo un procedimiento especial dedicado a niñas y niños no acompañados o que han sido separados de sus familias;
n) la Ley Nº 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas;
o) el Decreto Ley N°1.094 de 1975 del Ministerio del Interior, que establece normas sobre extranjeros en Chile;
p) la Ley Nº 17.344 respecto del cambio de nombre;
q) la Ley Nº 21.128, Aula Segura;
r) la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, y

s) la Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Según se señala en el Protocolo de Acceso a la Justicia de personas, comunidades y pueblos indígenas del poder judicial de la República de Chile, y conforme a lo que se ha indicado en el capítulo 1, el marco normativo nacional sería el siguiente:

a) Ley N° 19.253, establece las normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), publicada en el Diario Oficial el 05 de octubre de 1993.
b) Ley N° 20.117, reconoce la existencia y atributos de la etnia Diaguita y la calidad de indígena Diaguita, publicada en el Diario Oficial el 08 de septiembre de 2006.
c) Decreto N° 150, establece el reglamento sobre organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas del Ministerio de Planificación, publicado en el Diario Oficial el 17 de mayo de 1994.
d) Decreto N° 392, establece el reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas del Ministerio de Planificación, publicado en el Diario Oficial el 12 de abril de 1994.
e) Ley N° 20.609, establece medidas contra la discriminación.
f) Ley N° 20.066, establece ley de violencia intrafamiliar.
g) Ley N° 21.070, regula la residencia, permanencia y traslados hacia y desde Isla de Pascua.
h) Ley N° 21.151 sobre reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno, publicada el 16 de abril de 2019.

2.2. Protocolos

2.2.1. Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables del poder judicial de la República de Chile de 2019

Los Protocolos de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables del Poder Judicial de la República de Chile es una iniciativa que busca guiar a los jueces y juezas para proporcionar una protección más efectiva de los derechos de los usuarios del sistema judicial que pertenecen a grupos vulnerables. Estos protocolos incluyen recomendaciones y meca-

nismos de tutela efectiva para asegurar el principio de igualdad y no discriminación.

El protocolo sobre el acceso a la justicia de niños y niñas hace referencia a la necesidad de tomar en cuenta los cuatro principios contenidos en la CIDN. Además ese protocolo formula una serie de recomendaciones que "buscan apoyar a las y los juzgadores entregándoles un abanico de acciones que contribuyan a superar las barreras a las cuáles se enfrentan los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos". Esas recomendaciones plantean acciones en torno a distintas obligaciones del Estado dirigidas a las autoridades judiciales:

1) Tener siempre presente el interés superior del niño[3];
2) Garantizar la información y fomentar la participación de los niños y las niñas[4];

---

3 Lo anterior implica: a) Observar este principio en todas las etapas del proceso judicial en las que intervenga un NNA, sin importar la materia de la que se trate ni la calidad en la que éstos Participen; b) Considerar, en toda decisión judicial en que intervenga directa o indirectamente un NNA, las implicancias que su participación pueda tener en sus derechos, utilizando como parámetro y finalidad el pleno respeto de los mismos; c) Observar que el principio de interés superior del niño requiere de una argumentación que justifique razonadamente su aplicación. Aplicándolo en todo el proceso de manera diferenciada para cada niña y niño considerando sus características propias de desarrollo, contexto social, cultural, entre otros; d) Valorar la esfera íntegra de los niños y niñas en cuanto a sus derechos procesales y/o particulares, explicitando como la afectación de uno repercute en su desarrollo general. Otorgar de manera oficiosa una oportuna respuesta a sus intereses y especial protección integral de sus derechos si existe algún riesgo de afectación; e) Impulsar coordinaciones interinstitucionales para trabajar íntegramente los conflictos familiares en que existan NNA involucrados; f) Reconocer el principio de autonomía progresiva de los NNA y garantizar la mediación adulta, cuando sea procedente, entendiéndola no como una disminución del derecho del NNA, sino como facilitadora para su ejercicio, y g) Desarrollar los procesos en tiempos oportunos y suficientemente rápidos para abordar la situación de cada niño y niña, teniendo en consideración las implicancias y perjuicio que en su desarrollo integral puede tener un tiempo excesivo de tramitación del proceso judicial.

4 Lo anterior implica: a) a) Informar a los niñas y niñas, en lenguaje claro y sencillo, sobre el proceso y su papel en éste, el momento y forma en que participará, la importancia de su participación y, especialmente, el resultado del procedimiento en que ha participado, es decir, la decisión que se ha tomado; b) Informar la disponibilidad de los mecanismos de apoyo y asistencia, las medidas de protección y los medios a los que ellos pueden acceder para participar en el proceso; c) Garantizar los mecanismos existentes para revisar las decisiones que

3) Garantizar condiciones óptimas para la participación de los NNA en el proceso, adoptando medidas que faciliten ésta[5];
4) Velar por un tratamiento especializado, con el fin de concretar el principio de igualdad y no discriminación[6];
5) Resguardar el derecho del niño y de la niña a ser oído y a opinar en todos los asuntos que le afectan, y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones[7];

---

les afecten a los niños y niñas, y d) Garantizar sus derechos, de conformidad con la legislación nacional y el contexto instrumental internacional. En el caso de niñas y niños acusados de cometer conductas tipificadas como delitos, dar una adecuada y completa información para su defensa.

5 Lo anterior implica: a) Garantizar la presencia de personal especializado como también de un intérprete y/o facilitador cultural o de perros de asistencia, en caso de ser necesario. b) Procurar que la participación de la niña y del niño se realice en un espacio adecuado; c) Contemplar el uso de lenguaje claro y sencillo, acorde a su desarrollo progresivo; d) Velar porque se utilicen preguntas adecuadas y evitar la duplicidad de diligencias y actuaciones procesales y periciales, y e) Propiciar la realización regular de programas de capacitación y actividades de sensibilización para las personas que trabajarán con los niños y las niñas, de manera de asegurar un trato adecuado de los niñas y las niñas.

6 Lo anterior implica: a) Juzgar con perspectiva de infancia, reconociendo las particularidades que caracterizan a los niños y a las niñas, a fin de que puedan ejercer plenamente sus derechos. En términos prácticos, esto supone que debe velarse por un trato diferenciado y especializado en el proceso, en toda apreciación de riesgo y medida de protección, y en general, en la valoración de todo asunto que afecta a la infancia; b) Brindar un trato respetuoso durante todo el proceso, teniendo en cuenta las situaciones personales y necesidades especiales de los niños y de las niñas en resguardo de su dignidad; c) Garantizar el acceso a la justicia de las niñas y de los niños, velando por sus intereses y una efectiva y especializada representación para el ejercicio de sus derechos y, en caso de no estar garantizada, ésta se vuelve una obligación general que el Estado debe satisfacer, y d) Identificar las circunstancias existentes y potenciales frente a las cuales hay que tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que conllevan a prácticas discriminatorias y arbitrarias. El trato diferenciado deberá ser fundado en criterios de razonabilidad y objetividad.

7 Lo anterior implica: a) Informar con un lenguaje claro y sencillo al niño o a la niña sobre las etapas del proceso, lo que implica cada una de ellas, la importancia de su participación y lo que se espera de ella, en particular conocer su punto de vista en virtud del principio de autonomía progresiva; b) Asegurar que sean escuchados, aun cuando su intervención no haya sido a petición de parte y garantizar las condiciones adecuadas para su participación diferenciada y especializada; c) Garantizar que existan condiciones adecuadas para el acer-

6) Respetar el derecho a la vida digna, supervivencia y desarrollo, lo que conlleva considerar, en cualquier decisión relacionada con niños y niñas, el impacto que aquella puede tener en los derechos humanos referentes a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. En el caso de que quien imparta justicia constate que no se está garantizando alguno de estos derechos, exigir a las autoridades competentes, atender la situación concreta para la vigencia del derecho humano de que se trate, actuando al extremo máximo de su competencia, o bien, poniendo en conocimiento el caso a la autoridad competente;
7) Prevenir o mitigar las consecuencias del proceso procurando el apoyo al niño o niña durante su participación en el proceso, brindándole asistencia legal, social y de salud, dependiendo de sus necesidades especiales, a fin de favorecer su desarrollo y disminuir los costos emocionales del proceso;
8) Adoptar medidas oportunas garantizando el pleno respeto del derecho de toda niña o todo niño al debido proceso, resguardando su dignidad y protegiendo su intimidad, y tomar medidas si se estima que su seguridad se encuentra en riesgo[8];

---

camiento de los niños y las niñas al acceso a la justicia (formularios sencillos y claros, atención preferente, intérpretes y facilitadores culturales en el caso que se requiera). Lo anterior, procurando que los colaboradores o profesionales estén preparados para acoger sus requerimientos sin dilación injustificada; d) Propiciar la continua especialización en materia de niñez e infancia, reforzando la formación de todos los administradores de justicia para que tanto las sentencias como las actuaciones judiciales se realicen en un lenguaje comprensible para las niñas y los niños; e) Escuchar a los niños y a las niñas, mostrándose cercano, atento y comprensivo con su historia y con lo que le aqueja, y f) Utilizar lenguaje adecuado a la edad del NNA que está siendo escuchado y explicarle lo que está sucediendo, lo que se está decidiendo y porqué su opinión es tan valiosa.

8 Esas medidas pueden consistir en: a) Evitar el contacto directo entre los niñas y niñas y los supuestos agresores o acusados, en todo momento del proceso de justicia; b) Resguardar la identidad de las niñas y los niños y su privacidad en las diligencias en las que deban participar personalmente; c) Resguardar la identidad de los niños y niñas ante cualquiera que no sea parte del asunto. En particular, se debe velar por que la identidad de la niña y del niño no sea hecha pública ante los medios de comunicación, o d) Tomar todas las medidas necesarias para garantizar que la niña o niño pueda desarrollar la actuación en privado y en orden preferencial. Una sala o espacio cerrado, será el lugar ideal para el desarrollo de toda diligencia que involucre la participación de una niña o niño.

9) Dictar medidas para proteger la intimidad y el bienestar de los niños y las niñas a petición del niño o la niña, sus padres o tutor, su abogado, cualquier otra persona o institución que sea parte en el proceso o de oficio. El tribunal podrá dictar las siguientes medidas, teniendo en cuenta el interés superior del niño, perspectiva de género, medidas para proteger la intimidad, la seguridad, bienestar físico y mental del niño y de la niña y evitar todo sufrimiento injustificado y victimización secundaria[9];
10) Resguardar las pruebas periciales de los NNA[10];

9 Esas medidas pueden consistir en: a) Suprimir de las actas del juicio todo nombre, dirección, lugar de trabajo, profesión o cualquier otra información que pudiera servir para identificar a la niña o al niño; b) Prohibir a los intervinientes que revelen la identidad del niño o de la niña o se divulgue cualquier otro material o información que pudiera conducir a su identificación; c) Ordenar la no divulgación de cualquier acta en que se identifique al niño o niña, hasta que el tribunal lo considere oportuno; d) Asignar un seudónimo o un número al niño o niña. En el caso que procediere así, el nombre completo del niño o de la niña y su fecha de nacimiento deberán revelarse al imputado en un período de tiempo razonable para la preparación de su defensa; e) Adoptar medidas para ocultar los rasgos o la descripción física del niño o de la niña que preste testimonio. Por ejemplo, que la declaración se realice detrás de una pantalla opaca; utilizar medios de alteración de la imagen o de la voz; realizar la entrevista para obtener su testimonio en otro lugar, transmitiéndolo a la sala de forma simultánea a través de un circuito cerrado de televisión; recibir el testimonio del niño y la niña mediante grabación en video antes de la celebración de la audiencia, dando al abogado del acusado la información para asistir a dicha entrevista y la oportunidad de hacer preguntas al niño o la niña y recibir el testimonio de la niña o del niño a través de un intermediario calificado y especializado, por ejemplo, un intérprete para niños con discapacidad auditiva, visual, intelectual, del habla o de otro tipo; f) Celebrar sesiones a puerta cerrada; g) Programar las vistas a horas del día apropiadas para la edad y madurez de la niña o del niño, o h) Adoptar cualquier otra medida que el tribunal estime necesaria, incluido el anonimato de la niña o del niño, cuando proceda, teniendo en cuenta el interés superior del niño y los derechos del acusado.

10 Esas medidas deben tomar en cuenta: a) que el registro debe hacerse de conformidad a lo señalado en el título II de la Ley N° 21.05710 sobre las declaraciones grabadas entregadas por niñas o niños víctimas de delitos sexuales, procurando el registro de su participación en declaraciones o entrevistas por medios tecnológicos idóneos que permitan su reproducción íntegra y fidedigna; b) que el juez o jueza deberá evitar la repetición de pruebas a las que es sometido un niño o una niña, impidiendo la revictimización. Para tal efecto, agotará la inspección de todo registro audiovisual en el que éste haya entregado

11) Velar por la temporalidad y duración de la participación infantil. Reforzando la observancia y cumplimiento por parte de los operadores de justicia de las medidas que otorgan un trato preferente a los niños y niñas[11];
12) Propiciar espacios de espera y juzgados idóneos garantizando un entorno adecuado para la niña o el niño que participará en el proceso. Para lo anterior se deben considerar tres espacios: el espacio por donde pasará al entrar o salir del juzgado; el espacio en que esperará; y el espacio en que se realizará la diligencia.

---

su testimonio, antes de ordenar o autorizar alguna nueva diligencia; c) que el juez o jueza tome en consideración los siguientes parámetros metodológicos al momento de resolver lo conducente sobre la valoración de las pericias: i. Los conocimientos con los que cuenta el perito en infancia dentro de la materia de su pericia; ii. Si el perito conoció el expediente y antecedentes generales del niño o de la niña; iii. Si se sostuvo una interacción previa con la niña o el niño para establecer un ambiente de confianza con él; iv. Si contempla la narrativa libre del niño o de la niña y el interés manifiesto, anotando en la mayor medida posible el registro textual de lo dicho, y v. Si la evaluación pericial contiene los resultados de las pruebas aplicadas y no únicamente haciendo referencia a las conclusiones obtenidas a partir de las mismas. Además, debe existir congruencia entre la metodología y las conclusiones. Dicho sustento deberá explicitar cuando la información fue obtenida de fuentes diversas al niño como información sobre su comportamiento, aportadas por familiares u otros adultos cercanos al niño (pesadillas, incontinencia urinaria, etc.).

11 Para tales efectos: a) Tomar todas las medidas necesarias para que toda actuación o diligencia que implique la participación de un niño o una niña dure lo menos posible, dando celeridad a las mismas para minimizar los periodos en que deban participar del proceso; b) Velar por que las actuaciones solicitadas por alguna de las partes, en las que se solicite la intervención o participación de una niña o un niño, estén debidamente justificadas en cuanto a su atingencia y necesidad al caso concreto, evitando la exposición reiterada e injustificada a estas instancias; c) Procurar que la participación del niño o de la niña se desarrolle puntualmente a la hora en que fuera citado y en un horario que no interfiera con necesidades básicas del niño (comer o dormir). Igualmente, velar por que esté en plena libertad de retirarse en cuanto haya concluido su participación directa y personal en el asunto y cuando exprese su voluntad de hacerlo, y d) Considerar que la persona que tiene el cuidado personal de la niña o del niño no tenga diligencias en horarios que le impidan retirarse con él. Cuando la presencia de quien tiene el cuidado personal del niño sea requerida en el mismo día, el juez o jueza deberá citarle con la antelación necesaria y prevenirle que será necesario que otra persona pueda asumir el cuidado del niño para evitar que el mismo se encuentre presente en el juzgado.

Esto, con el objeto de no dar lugar a ninguna situación intimidatoria, considerando aspectos como privacidad, comodidad y limpieza del lugar[12];

13) Facilitar instancias de despedida de los niños y de las niñas propiciando momentos para que las niñas y los niños, que se encuentren presentes en las audiencias de juicio, puedan despedirse de sus familiares significativos si son condenados con privación de libertad en centros penitenciarios, y
14) Propiciar instancias de comunicación indirecta de las niñas y de los niños cuyos padres, madres o adultos significativos estén privados de libertad facilitando coordinaciones interinstitucionales para que mantengan el vínculo y la comunicación con sus adultos significativos privados de libertad.

El protocolo sobre el acceso a la justicia de personas, comunidades y pueblos indígenas menciona varios principios generales que deben ser tomados en cuenta por parte de las autoridades judiciales. Esos principios consisten en:

1) El principio de igualdad y no discriminación, según el cual ningún indígena podrá recibir trato discriminatorio por su identidad étnica, idioma, género, aspecto, condiciones físicas y mentales. Además, se destaca la importancia de tratar a las personas y comunidades indígenas con igualdad, respetando su rol en la sociedad y preservando su identidad y saberes ancestrales. El Estado

12 Para tales efectos: a) Se podrán tomar las medidas que corresponda para eliminar aquellos elementos o aspectos que, visual o auditivamente, puedan impactar al niño, niña o adolescente que acude al juzgado para una diligencia; b) Los espacios de espera utilizados por niñas o niños víctimas y testigos, deben estar separados de las salas de espera para los adultos testigos; c) Los espacios de espera que utilicen niños o niñas no deben ser accesibles a los imputados de haber cometido un delito, ni estar a la vista de éstos; d) El juez o jueza competente podrá, si procede, establecer que un niño o una niña espere en un lugar alejado del juzgado e invitarlo que comparezca cuando sea necesario; e) El juez o jueza dará prioridad a oír la declaración de las niñas y los niños, con el fin de reducir al mínimo el tiempo de espera durante su comparecencia ante el tribunal; f) El juez o jueza competente asegurará que en la sala de audiencias se disponga de los elementos necesarios para acoger a los niños y las niñas, como por ejemplo agua, asientos elevados, asistencia para niñas o niños con necesidades especiales, entre otros aspectos, y g) La disposición de la sala debe permitir que los niños y las niñas puedan sentarse cerca de sus padres, tutor, persona de apoyo o abogado, durante todo el procedimiento.

debe reconocer y promover sus derechos, incluyendo medidas especiales para eliminar la discriminación. Esto podría implicar un trato especializado en el acceso a la justicia, como permitir el uso de su lengua y costumbres y adaptar espacios institucionales para facilitar la expresión y presentación de sus argumentos;

2) El principio de autoidentificación de acuerdo al cual la identificación como indígena se basa en la percepción personal y voluntaria de un individuo, considerando sus costumbres, ancestros y otros aspectos culturales, sin necesidad de validación por parte del Estado. Este acto de autoadscripción subraya la autonomía en la definición de su identidad indígena;
3) El principio de maximización de la autonomía y acceso a la justicia se centra en respetar sus especificidades culturales, permitiéndoles controlar sus instituciones y limitando la injerencia estatal en concordancia con los derechos humanos internacionales. Se promueve el derecho a la libre determinación, implicando una mínima interferencia en sus sistemas tradicionales y consuetudinarios. Se promueve el derecho a la libre determinación, implicando una mínima interferencia en sus sistemas tradicionales y consuetudinarios. Es esencial desarrollar un marco normativo que facilite la coexistencia de sistemas de justicia y garantice el acceso de indígenas a la justicia ordinaria, considerando sus costumbres y leyes;
4) El principio de protección especial a los territorios y recursos naturales es esencial para los pueblos indígenas, ya que estos territorios son fundamentales para su reproducción cultural, económica y social. La noción de "territorio indígena" abarca más que la propiedad, incluyendo áreas utilizadas históricamente para actividades y ceremonias culturales. Esta protección debe cubrir tanto los territorios ocupados directamente como aquellos usados para propósitos espirituales o culturales, y
5) El principio de participación consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte es esencial para garantizar la participación de los pueblos indígenas en decisiones que afecten sus derechos e intereses, como el desarrollo, la preservación cultural, y el acceso al agua y a un ambiente sano. Este derecho, arraigado en el principio de la libre determinación y la protección de territorios indígenas, es un mandato del derecho internacional, asegurando el respeto y la materialización de sus prioridades.

Ese protocolo formula una serie de recomendaciones que "buscan auxiliar a las y los juzgadores entregándoles un abanico de acciones que contribuyan a superar las barreras que los pueblos indígenas enfrentan cotidianamente en el ejercicio de sus derechos". Esas recomendaciones plantean acciones en torno a distintas obligaciones del Estado dirigidas a las autoridades judiciales:

1) Permitir la legitimación de una persona, autoridad u organización indígena tradicional, reconocida o no reconocida, para iniciar acciones judiciales ante los tribunales de justicia en demanda de sus derechos;
2) Evitar incurrir en tratos discriminatorios por el hecho de asumir la condición de indígena, procurando privilegiar la adopción de medidas especiales a favor de las personas y comunidades indígenas. Por ejemplo, aplicando penas alternativas a las privativas de libertad, favorecer la búsqueda de medidas de acuerdo, autorizar la asistencia a rituales previos a las audiencias, restringir la presencia policial en los tribunales, entre otras;
3) Preocuparse acerca de la admisión de acciones procesales interpuestas por personas indígenas que concurran a tribunales en representación de intereses individuales o colectivos, aunque no sean titulares de los derechos que desean ejercer, y siempre que se acredite un vínculo causal entre el hecho recurrido y los actores;
4) Evaluar a partir de datos tales como lugar de origen, idioma de sus padres, o el tipo de asunto, si las personas que intervienen en un proceso judicial son miembros de una comunidad o pueblo indígena. Se recomienda valorar las declaraciones personales para identificar a individuos como indígenas, informándoles sobre sus derechos, como el apoyo de traductores y defensores conocedores de su lengua y cultura. Además, se deben explicar los mecanismos de defensa disponibles y adaptar los procedimientos para su comprensión clara de todas las etapas procesales.
5) Proteger el derecho colectivo de los pueblos indígenas a participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses verificando si en los actos que afecten a comunidades indígenas se haya garantizado el derecho a la participación, la consulta y el consentimiento libre, previo e informado;
6) Respetar la autonomía de los pueblos indígenas, en el ámbito de sus autoridades, instituciones, sistemas jurídicos y opciones de desarrollo. Para ello se recomienda una evaluación integral del

caso, entendiendo la lógica jurídica indígena y validando decisiones acordes a sus normas y los derechos humanos. Para reconocer sistemas normativos indígenas, es útil el apoyo de asesores o la comunidad. Se debe considerar la cultura y costumbres para analizar conductas y normas socioculturales. La consulta a antropólogos expertos o la inmersión directa en el terreno pueden ofrecer una comprensión profunda del contexto indígena;

7) Identificar si el asunto del que se está en conocimiento involucra el territorio o los recursos naturales de un individuo o comunidad indígena y favorecer la reivindicación o recuperación de los mismos. La presencia indígena en ciertas áreas puede indicar derechos sobre recursos y territorios tradicionalmente ocupados. Se recomienda facilitar el acceso de indígenas a estos territorios para actividades culturales y rituales, reconociendo su uso histórico y significado para dichas comunidades, y
8) Adecuar los procesos relevantes que permitan la aplicación apropiada de los principios señalados precedentemente.

2.2.2. Protocolo de atención a usuarios y usuarias mapuche de los Juzgados y Tribunales de la Macrorregión Sur (Pau-Mapu) de 2019

El Protocolo de Atención a Usuarios y Usuarias Mapuche en Tribunales y Juzgados de la Macrorregión Sur, conocido como Pau-Mapu, es una iniciativa desarrollada para mejorar la calidad de atención en los espacios de justicia en las regiones del Bío-Bío, La Araucanía y Los Ríos de Chile. El proyecto fue ejecutado por la Universidad Católica de Temuco en colaboración con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y contó con el apoyo de la Asociación de Municipalidades con Alcaldes Mapuche (AMCAM).

El Pau-Mapu está diseñado para orientar a los funcionarios de los tribunales y juzgados, incluidos los empleados del poder judicial, de los municipios (juzgados de policía local) y de empresas externas. Además, apunta a jueces y juezas en etapas del proceso judicial donde interactúan con usuarios Mapuche, como audiencias y comparendos, y busca informar a los usuarios Mapuche sobre sus derechos en relación con el acceso a la justicia.

El protocolo hace alusión a varios principios como el principio *pro persona*; el principio de aplicación del control de convencionalidad; el principio pro pueblo indígena; el principio de no discriminación; el

principio de reconocimiento de la identidad cultural; el principio de autoidentificación; el principio de no discriminación por razones de género; el principio de eficiencia y fluidez de la atención; el principio de preferencia por la oralidad; el principio de derecho a uso de la lengua propia; el principio de derecho a la asistencia jurídica especializada, o el principio de protección de la identidad e integridad de grupo.

El protocolo menciona también el principio de interés superior del niño, niña y/o adolescente. El protocolo subraya la importancia de que los funcionarios judiciales y administrativos implementen un plan de acción eficaz que asegure y facilite una atención adecuada y pertinente a los niños, niñas y adolescentes mapuche, así como a sus familias. Este plan debe tomar en cuenta sus necesidades y contextos socioculturales específicos para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, promoviendo y protegiéndolos. Se enfatiza el interés superior de niños y niñas en armonía con su derecho a la identidad, considerando los derechos culturales tanto individuales como colectivos. Al tomar decisiones que afectan a niñas y niños indígenas, los jueces y funcionarios deben considerar sus derechos culturales y la necesidad de ejercerlos colectivamente. En situaciones donde pueda haber un conflicto entre el interés superior del niño y de la niña, y el del grupo, se busca equilibrar ambos, destacando que los derechos culturales colectivos son una parte crucial en la determinación del interés superior de la niña y de la niña.

Asimismo, el protocolo propone una serie de reglas de actuación, recomendaciones y buenas prácticas las cuales constituyen un conjunto de indicaciones y orientaciones relativas a los modos de acción que se espera de las funcionarias y funcionarios en el proceso de atención a usuarios y usuarias mapuche en tribunales y juzgados de justicia.

1) El protocolo se aplica a personas mapuche que se autoidentifican como tales o que son identificadas por los funcionarios sobre la base de "indicios tales como vestimenta, acento, etc.". Asimismo, una vez activado el Pau-Mapu, es conveniente que el funcionario explique a la persona los alcances del protocolo. Se recomienda hacer entrega material de una copia del Pau-Mapu para que el usuario se informe debidamente de su contenido. Del mismo modo se recomienda establecer un registro de los usuarios y usuarias que se hayan autoidentificado como mapuche con el objetivo de agilizar su atención de forma pertinente en las distintas etapas de su proceso, cualquiera sea el funcionario que los atienda;
2) Reconocimiento y valoración de la identidad cultural y no discriminación;

3) Derecho al uso de la lengua propia. Para ello, las funcionarias y funcionarios encargados de entregar información relativa al Pau-Mapu se asegurarán de que las usuarias y usuarios mapuche conozcan su derecho al uso de la lengua propia. Además, el tribunal proporcionará el servicio de facilitador intercultural o intérprete a aquellas personas que invoquen el derecho a comunicarse en mapuzungun. Asimismo, en la primera audiencia con usuarios mapuche, el juez informará nuevamente respecto del derecho al uso de la lengua propia y se cerciorará de la necesidad del usuario de ser asistido por facilitador intercultural o intérprete durante el proceso judicial.

Se promueve el uso de terminología uniforme en mapuzungun y se recomienda el empleo de señalética y material informativo en esta lengua, asegurando que esté redactado de manera clara y accesible, con el uso de símbolos cuando sea posible. También se sugiere disponer de formularios bilingües y un glosario de términos judiciales traducidos al mapuzungun, además de llevar un registro de incidencias para identificar áreas de mejora.

Por otra parte, el protocolo especifica que deberá acreditarse desde el inicio del proceso si el usuario mapuche desea o requiere asistencia de facilitador o intérprete. Es preciso recalcar que aun cuando se considere bilingüe deberá permitírsele usar la lengua en la que desea expresarse y escuchar, pues una aparente competencia oral en castellano no garantiza que la persona comprenda y pueda darse a entender debidamente. Para ello, el tribunal debe estar en condiciones de brindar la asistencia de facilitadores interculturales y/o intérpretes. La sala debe estar debidamente equipada para el servicio de intérprete/facilitador (micrófono individual, silla y mesa), y dispuestos los implementos de forma tal que garanticen una audibilidad completa y una buena comunicación entre facilitador y usuarios.

Se le deberá dar acceso al expediente a fin de que tenga los antecedentes que le permitan prestar su servicio con conocimiento de causa. Podrá efectuar consultas a los funcionarios así como a otros intérpretes que pueda haber en la sala a fin de despejar dudas. Se le deberá permitir ingresar a la sala con papel y lápiz, así como con diccionarios o glosarios en papel, inclusive un computador, debidamente registrados, si es preciso.

Podrá interpretar para el usuario todo lo que se diga durante el desarrollo del procedimiento, y no solo las preguntas que a él o

ella se dirijan. Las intervenciones que deban ser traducidas deben hacerse a una velocidad razonable, que permita su comprensión y traducción. La persona que haga uso de la palabra debe hacer pausas conforme lo indique el facilitador o facilitadora, a fin de garantizar la correcta comprensión y traducción. Asimismo, si los procedimientos se extienden por más de medio día sin descanso, es preciso prever un segundo facilitador o facilitadora a fin de que puedan relevarse. En todo caso, el facilitador o facilitadora en tribunales tendrá derecho a pausas de descanso y harán saber al tribunal cualquier situación que impida el ejercicio del servicio, como puede ser la fatiga o la imposibilidad de escuchar.

4) Adaptación y flexibilidad del proceso de atención y adecuación de espacios. El protocolo aborda la importancia de asegurar una atención eficiente y fluida para los usuarios mapuche en el sistema judicial, destacando la necesidad de una buena comunicación y comprensión desde el inicio y a lo largo de todo el proceso judicial. Se menciona la consideración especial hacia el tiempo y la distancia de desplazamiento desde el lugar de residencia de los usuarios hasta el tribunal, adaptando los horarios de las audiencias y teniendo en cuenta los horarios de transporte público.

   Se enfatiza en minimizar los tiempos de espera para los usuarios mapuche, especialmente para los adultos mayores y aquellos acompañados de niñas y niños, ofreciendo atención preferencial según sus necesidades. También se busca adaptar el orden de las audiencias para usuarios de zonas rurales o con dificultades de comunicación y transporte, evitando demoras innecesarias. Se reconoce que la condición de hablante de mapuzungun de un usuario puede requerir más tiempo de adaptación y posiblemente prolongar el proceso de atención, subrayando la importancia de dedicar el tiempo necesario para garantizar una comprensión adecuada en todas las interacciones.

   Asimismo, el protocolo recomienda medidas para manejar situaciones conflictivas no contempladas previamente, promoviendo la resolución pacífica a través del diálogo y la posible mediación de autoridades tradicionales o figuras relevantes de la comunidad mapuche. Se enfatiza en la importancia de crear entornos agradables para los usuarios, incluyendo espacios adecuados para compartir alimentos y guardar pertenencias personales como mantas y wiño. Además, se propone la incorporación de símbolos mapuche en la decoración de los espacios internos y externos del

tribunal. Por último, se resalta la necesidad de asegurar que los espacios de espera y las salas de audiencia estén bien iluminados y climatizados para el confort de los usuarios.

5) Género; las funcionarias y funcionarios velarán particularmente por que las mujeres mapuche conozcan y hagan uso de sus derechos como usuarias35, y que comprendan los procedimientos que deberán seguir y los roles de los funcionarios con los que van a interactuar;
6) Comunicación oral y lenguaje claro y respetuoso;
7) Integridad de grupo. Al atender a usuarios mapuche, los funcionarios del tribunal adoptarán un enfoque que reconoce la importancia de la comunidad, lof o territorio al que pertenece cada individuo. Esto implica que, cuando un usuario mapuche se presente acompañado, la atención se brindará de manera colectiva, permitiendo que los acompañantes participen activamente en el proceso, siempre con el consentimiento del interesado.

   Además, se promoverá la asistencia de familiares y miembros del lof o territorio en las audiencias, respetando el principio de publicidad de estas, siempre que el espacio y las condiciones físicas lo permitan. Este enfoque subraya la relevancia de la familia extensa y la comunidad en la cultura mapuche, reflejando la práctica común de asistir a los tribunales acompañados por familiares o miembros de su comunidad;
8) Interés superior del niño, niña y/ adolescente. El protocolo establece medidas específicas para garantizar el bienestar de niñas, niños y adolescentes mapuche dentro del entorno judicial, alineándose con el principio de interés superior del niño y de la niña y el respeto por su identidad cultural. Se proveerán espacios adecuados y equipados con juguetes y material de lectura para hacer más amena su estancia en el tribunal.

   Además, se ofrecerán facilidades para el aseo y alimentación de las niñas y los niños, incluyendo mudadores en los baños y opciones para calentar comida. Para las madres con lactantes, se dispondrán áreas privadas que permitan amamantar en tranquilidad. En casos donde niños, niñas o adolescentes mapuche participen en procesos judiciales, se facilitará la asistencia y apoyo de su familia nuclear o extendida, reconociendo la importancia de la noción de familia en la cultura mapuche.

Por otra parte, el protocolo recomienda para su correcta aplicación e implementación que se realicen reuniones periódicas de los funciona-

rios y funcionarias del tribunal para revisar el registro de incidencias y evaluar su aplicación y efectuar las correcciones necesarias para mejorar su puesta en práctica. Asimismo, se sugiere una promover y ejecutar un plan periódico de capacitaciones para funcionarios y funcionarias en materia de, sociedad, lengua, historia y cultura mapuche así como sobre derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, integrando incluso al personal de seguridad que tienen los primeros contactos con los usuarios. Además, el protocolo debe ser activado desde la entrada al juzgado por parte de los usuarios mapuches.

Por último, el protocolo indica que una atención con pertinencia cultural a usuarios y usuarias mapuche en tribunales y juzgados requiere de conocimiento y reconocimiento de parte de los actores jurídicos de sus propios modos de vida y formas de concebir y hacer justicia (azmapu o derecho propio), por lo que se recomienda a los magistrados recurrir a expertos mediante solicitud de peritajes antropológicos y asesoramiento de autoridades tradicionales, con el fin de fundamentar mejor sus decisiones.

En cuanto a la fuerza vinculante del protocolo, para que éste sea obligatorio debe dictarse una instrucción o un auto acordado por la Corte de Apelaciones de la cual dependen los juzgados y los tribunales o, un auto acordado general emanado de la Corte Suprema, ambas en ejercicio de sus atribuciones de conformidad con la Constitución Política y el Código Orgánico de Tribunales.

Tratándose de Juzgados de Policía Local, el protocolo de atención a usuarios mapuche es una medida administrativa que puede ser recogida en un reglamento municipal por su alcance y obligatoriedad, o en un oficio. La obligatoriedad del protocolo debe considerar la naturaleza híbrida de este tipo de tribunales por cuanto su personal es dependiente de la autoridad municipal, con excepción del Juez, que está sujeto a la súper vigilancia directiva, correccional y económica de la Corte de Apelaciones respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, si el protocolo es contenido en un reglamento municipal, existe un deber de cumplimiento para el juez, por cuanto se trata de una norma que forma parte del ordenamiento jurídico del municipio en el cual ejerce funciones. Así lo ha señalado la Contraloría General de la República.

No obstante, este deber jurídico no podría tener aparejada una sanción disciplinaria para el juez, ni en el reglamento mismo que contuviere el protocolo, ni tampoco en aplicación de la Ley N° 18.883 que fija el Estatuto Administrativo para funcionarios Municipales, pues quedan

exceptuados de materias tales como la sujeción a un proceso de calificación efectuado por el superior jerárquico municipal y la aplicación de medidas disciplinarias por parte de dicha autoridad. Así, las conductas que éstos ejecutarán en su investidura como jueces quedan bajo la supervisión de la Corte de Apelaciones respectiva, así como de la Corte Suprema.

b) Derechos humanos de niños, niñas y cosmovisión indígena

En casos que involucren el bienestar de niños y niñas pertenecientes a comunidades indígenas, resulta conveniente puntualizar que, al determinar el alcance de los derechos de humanos de la niñez indígena, la labor de las autoridades estatales no se limita a evaluar, desde la perspectiva "occidental", la situación del menor de edad indígena. Lo que se debe tener presente es la necesidad de conciliar el indeclinable interés por asegurar su vida, integridad, salud, y supervivencia, con la identidad cultural propia de los pueblos y comunidades indígenas la cual ha sido reconocida por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, la prevalencia del interés superior del niño o niña debe determinarse teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada.

Esta perspectiva se constata a nivel internacional en el artículo 30 de la Convención sobre los derechos de los niños en donde se establece que "[e]n 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".

En esta misma línea, la Observación General 11 del Comité de los derechos del niño (2009) en el párrafo 30 señala que "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".

Del mismo modo en el párrafo 31 se establece que, "[a]l 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". Igualmente se dice que, "[e]n 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 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".

Por otra parte, en el numeral 32 se dispone que, al existir diferencias entre el interés superior del niño considerado individualmente y el interés superior de los niños como grupo, en las decisiones administrativas y judiciales de un niño en particular, lo que se tratará es de determinar "el interés superior de ese niño en concreto", y se advierte que, "la consideración de los derechos culturales colectivos del niño forma parte de la determinación del interés superior del niño". Por lo tanto, en los casos que involucren niños o niñas pertenecientes a comunidades indígenas las autoridades estatales deben tener en cuenta la cosmovisión de la comunidad indígena para aplicar el ordenamiento jurídico estatal.

Ahora bien, los usos y costumbres propios de la comunidad indígena han de respetarse siempre y cuando no se vea en peligro la vida, la supervivencia y el desarrollo de un niño, niña o adolescente indígena. Cuando se deban adoptar medidas para su protección se deberá consultar a las autoridades propias de la comunidad indígena. En todo caso, ninguna práctica cultural propia de la comunidad enmarcada en el derecho a la diversidad, prima sobre la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños y las niñas indígenas. En este sentido, cuando se encuentra una práctica ritual que afecta estos derechos, este hecho debe evidenciarse como un grave conflicto entre el Estado (que la prohíbe) y un grupo étnico (que la ratifica como propia y le da un significado), que en este caso debe resolverse dando primacía a los derechos humanos del menor de edad. En este sentido la Observación general 11 señala que estas prácticas "…no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño" (párrafo 22). Y puntualiza que "[c]uando 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" (párrafo 22).

Hay que aclarar que las autoridades estatales al resolver casos de eventuales conflictos entre los derechos de los niños y niñas indígenas y la cosmovisión propia de las comunidades a las cuales perteneces no pueden partir del erróneo entendimiento de que el bienestar infantil es un bien jurídico propio de la cultura mayoritaria. Tanto el entorno social mayoritario como el comunitario se preocupan por proteger a los niños y niñas. La diferencia entre uno y otro espacio está más centrada en torno a la forma en la que estos valores se llevan a la práctica. La anterior sería, por lo tanto, una diferencia que tiene más que ver con los medios a través de los cuales se persigue la materialización de estos intereses, que con los fines perseguidos.

Sostener que es posible dividir los valores sociales y jurídicos entre aquellos que conciernen a la sociedad mayoritaria y los que resultan de interés para los pueblos indígenas parte de una concepción sesgada del multiculturalismo, pues presume que la nación puede dividirse en grupos que coexisten sin tocarse, interactuar o incidirse de forma mutua. Como fue objeto de mención, la visión de respeto por la diversidad étnica y cultural contemplada por el artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño se cimenta en la idea del diálogo intercultural, como medio ideal para regir las relaciones entre las sociedades mayoritaria e indígenas.

Lo anterior significa que el fin último de la diversidad cultural no está dado por apartar a un grupo de otro, ni por imponer la visión mayoritaria sobre la minoritaria sino por facilitar las herramientas necesarias para que puedan acercarse y nutrirse de esta simbiosis cultural. Por lo dicho, resulta inadecuado hablar de la existencia de valores sociales o bienes jurídicos pertenecientes a una u otra cultura. De esta manera, la protección de la dignidad de la persona, el respeto por la vida, la protección de los niños, la proscripción de la violencia, la primacía del bienestar general y el respeto por el medio ambiente, entre otros, son elementos comunes que permiten establecer dicho diálogo intercultural, a pesar de las diferencias en que se lleven a la práctica estos valores.

Así las cosas, suponer que los derechos de los niños y de las niñas son bienes jurídicos exclusivos de la sociedad mayoritaria puede llevar a la formulación de falsas dicotomías al resolver casos concretos, pues podría pensarse que es necesario elegir entre salvaguardar los derechos de los menores de edad o preservar la autonomía de las comunidades

a las que estos pertenecen. La incongruencia de esta elección radica precisamente en que la garantía de los derechos de los niños y niñas indígenas requiere que se respeten los derechos de sus comunidades, pues es este el entorno cultural del que hacen parte, que les da su cosmovisión y llena de sentido su identidad individual y como miembros de una colectividad.

El interés superior de los niños y niñas tiene un carácter relacional, en cuanto debe ser apreciado en el caso concreto y de acuerdo a las circunstancias particulares de las personas. Así las cosas, la aludida dicotomía cae en el error de crear una tensión entre el principio del interés superior del niño y el respeto por la diversidad étnica y cultural en abstracto, sin siquiera preguntarse si resulta posible armonizar ambos principios en la práctica.

Además de tener en cuenta el contexto cultural propio —cosmovisión de la comunidad indígena— las autoridades estatales también deben tener en cuenta que el derecho de los niños y niñas indígenas a participar en las decisiones que los afectan. El párrafo 76 de la Observación General 11 indica 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". La garantía del interés superior del menor de edad se encuentra íntimamente relacionada con su derecho a participar en las decisiones que los afecten. De igual forma, a mayor madurez del menor de edad o facultad de autodeterminación, mayor es la protección a sus decisiones como garantía de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y menor es el peso de las decisiones de padres y terceros.

En este sentido la Observación General 12 del Comité de los derechos del niño (2009) señala que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de los niños indígenas a expresar sus opiniones, particularmente cuando no hablen el idioma mayoritario. Este derecho abarca una amplia gama de asuntos como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño como individuo sino también para grupos de niños y para los niños en general. Por consiguiente, el Comité ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no solo para niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad.

c) Principales obstáculos que enfrentan las niñas y niños indígenas para tener acceso a la justicia

La situación de discriminación estructural que enfrentan los niños indígenas en comparación con los niños que no son indígenas se manifiesta en varios aspectos de la vida, incluyendo la educación, la salud, el acceso a servicios y la participación en la sociedad. Estas diferencias reflejan desigualdades arraigadas que se han perpetuado a lo largo del tiempo debido a estructuras sociales, económicas y políticas (CEPAL, 2014).

Las niñas y niños indígenas enfrentan varios obstáculos significativos al tratar de acceder a la justicia, debido tanto a su condición de personas menores de edad como a su pertenencia étnica. Estos obstáculos están arraigados en la discriminación sistémica, las barreras culturales y lingüísticas, y la falta de representación y reconocimiento dentro de los sistemas legales. Entre los principales obstáculos que ellas enfrentan están los siguientes:

a) Barreras lingüísticas: Los sistemas de justicia suelen operar principalmente en el idioma oficial del país, que puede no ser el idioma materno de las comunidades indígenas. Esto dificulta la comprensión de los procedimientos legales, la comunicación efectiva con los funcionarios de justicia y la capacidad de defender sus derechos adecuadamente (Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), (sin fecha), Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas; Morato, 2016; Limerick, 2021; Boccara, 2007).
b) Barreras procesales y procedimentales: Estas barreras se refieren a los procedimientos, requisitos y acciones dentro del proceso legal que representan un obstáculo o dificultad para las personas en situación de vulnerabilidad en particular las niñas y niños indígenas. Esto puede deberse a una rigidez excesiva en las formalidades o a que las peculiaridades de los procedimientos legales impactan de manera desigual a los usuarios, influenciados por sus propias condiciones particulares o por circunstancias sociales o económicas (Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), (sin fecha), Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas).
c) Falta de acceso a información: la falta de información sobre sus derechos y los procedimientos judiciales es un obstáculo significativo (Coronado, 2008; Puma-Usuño & Redrobán-Barreto, 2023). Esta situación puede llevar a una mayor marginalización

y a una menor protección de sus derechos fundamentales (Iglesias-Osores & Saavedra-Camacho, 2023).

d) Discriminación y estigmatización: Los prejuicios y estereotipos negativos hacia los pueblos indígenas pueden influir en la manera en que se tratan sus casos dentro del sistema judicial (Cunneen, 2006). Esto puede manifestarse en un trato desigual o en la falta de seriedad con la que se toman sus reclamaciones y testimonios (Pereyra et al, 2021; Espinosa *et al.*, 2007).
e) Falta de representación legal adecuada: A menudo, existe una escasez de abogados y defensores legales que comprendan las culturas, los idiomas y las necesidades específicas de los niños indígenas. Esto puede llevar a una representación inadecuada en los casos legales (Agrawal, 1995).
f) Desconocimiento de sus derechos: La falta de educación y de acceso a la información sobre sus derechos y sobre cómo acceder a los sistemas de justicia puede impedir que las niñas y niños indígenas y sus familias busquen justicia.
g) Acceso limitado a los servicios judiciales: La ubicación geográfica remota de muchas comunidades indígenas puede dificultar el acceso físico a los tribunales y otros servicios judiciales (Smith, 2018; McCallum & Papandrea, 2009; Johnson, 2019). Esto incluye la falta de transporte y los costos asociados con el traslado a centros urbanos donde generalmente se encuentran estas instituciones.
h) Sistemas legales que no reconocen las normas y prácticas indígenas: Los sistemas judiciales nacionales a menudo no reconocen o integran las prácticas de resolución de conflictos y las leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas, lo que puede resultar en la imposición de soluciones inapropiadas que no respetan su cultura y valores (Anaya, 2004; Tamanaha, 2008).
i) Falta de confianza en el sistema legal: Las experiencias históricas de discriminación y abuso pueden llevar a una desconfianza inherente hacia las instituciones estatales, incluyendo el sistema judicial (Merino et al, 2008; Cunneen, C. 2006; Andrade-Padilla, 2020; Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), (sin fecha), Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas).

   Esto puede disuadir a las comunidades indígenas de buscar ayuda legal (Morato, 2016). Lo anterior puede fomentar el uso de las

estructuras legales propias de las Comunidades para encontrar soluciones a los conflictos que los afectan (Carranza, 2021).

j) Cuando los miembros de pueblos indígenas son víctimas de delitos, en algunos casos la respuesta es inadecuada, entre otras cosas como resultado de un apoyo estatal insuficiente para la realización de una labor policial adecuada, o por falta de imparcialidad en las fuerzas del orden (Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, 2014).

k) Costos económicos: Los desafíos económicos pueden impedir que las familias indígenas accedan a los recursos necesarios para buscar justicia, incluidos los costos asociados con la presentación de casos legales, como las tasas judiciales y los costos de transporte (Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2018; Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), (sin fecha), Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas; Tachine, *et al.*, 2021; Patrinos, 2000).

l) Normas y prácticas comunitarias: en algunas comunidades, las normas y prácticas culturales pueden priorizar la resolución de conflictos dentro de la comunidad sobre el recurso a sistemas judiciales externos (Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2021).

m) Legislación y políticas inadecuadas: La falta de legislación específica que reconozca y proteja los derechos de los niños indígenas, y las políticas públicas insuficientes orientadas a abordar sus necesidades particulares pueden limitar su capacidad para acceder a la justicia y recibir protección adecuada (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006; Smith, L. T., 2012).

n) Carencia de datos y estadísticas: La falta de datos desagregados sobre niños y niñas indígenas puede dificultar la identificación de sus necesidades específicas y la implementación de políticas adecuadas para su protección (Farias, 2019; Fremantle, Zurynski, Mahajan, D'Antoine, & Elliott, 2008).

   En el mismo sentido, y específicamente sobre las niñas y niños indígenas privados de la libertad, el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas indicó que "hay pocos datos disponibles, varios estudios revelan que la presencia de los niños y jóvenes indígenas en los establecimientos penitenciarios del sistema de justicia penal es desproporcionada" (Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2014). En ese punto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el

índice de encarcelamiento de niños indígenas desproporcionadamente alto "puede atribuirse a una discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad" (Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 11, 2009).

El Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas indicó asimismo que otro sector en el que se tropieza con obstáculos persistentes es el acceso a la justicia de los niños indígenas que han sido víctimas de violencia doméstica y abusos sexuales (Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2014).

o) La falta de presupuesto institucional que permita contar con el personal técnico y equipo logístico adecuado (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006).

p) Intimidación y represalias: Al intentar acceder a la justicia, los niños y niñas indígenas y sus familias pueden enfrentar intimidación o represalias, lo que puede disuadirlos de presentar casos o seguir adelante con los procedimientos judiciales (Consejo de Derechos Humanos, 2014).

Estos obstáculos no solo impiden el acceso efectivo a la justicia para las niñas y niños indígenas, sino que también contribuyen pueden impactar el ejercicio de otros derechos fundamentales de los niños y niñas indígenas (Liefaard, T., 2019).

d) Medidas para facilitar el acceso a la justicia a los niños y niñas indígenas

Como se discutió previamente, los niños y niñas indígenas afrontan desafíos significativos para acceder a la justicia, independientemente del tipo de procedimiento legal involucrado o su papel dentro de este. Estos retos pueden manifestarse en forma de barreras lingüísticas y culturales, así como en un desconocimiento general de sus derechos dentro de los marcos legales vigentes. La falta de comprensión cultural entre los administradores de justicia y la ausencia de procedimientos diseñados para sus necesidades particulares agravan la dificultad para alcanzar resoluciones judiciales adecuadas. Por lo tanto, es importante implementar estrategias específicas para mejorar su acceso a la justicia, las cuales deben incluir el reconocimiento de sus contextos culturales y asegurar su participación efectiva en los procesos judiciales (Due Process of Law Foundation, sin fecha).

Superar barreras lingüísticas: Servicios de interpretación y traducción: proporcionar servicios gratuitos de interpretación y traducción en los idiomas indígenas para asegurar que las niñas y niños puedan comprender y participar plenamente en los procedimientos judiciales. Además, es esencial capacitar e incorporar en el servicio judicial a funcionarios que dominen o tengan como lengua materna idiomas indígenas. También se debe fomentar un servicio de traducción especializada para las diversas instancias y dependencias judiciales (Stallaert, 2020; Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, 2014; Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), sin fecha).

Eliminar barreras procesales y procedimentales. Adaptar los procedimientos legales para que sean flexibles y consideren las particularidades culturales y sociales de las comunidades indígenas, promoviendo un acceso más equitativo a la justicia (Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2014).

Mejorar el Acceso a la Información. Difundir información sobre derechos y procesos judiciales en idiomas y formatos accesibles para las comunidades indígenas, asegurando que estén informados y empoderados para actuar (Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), sin fecha).

Acceso a asesoramiento legal especializado. Asegurar la disponibilidad de abogados/as y defensores/as legales con conocimiento de las culturas indígenas para una representación efectiva de los niños y niñas indígenas Se podría también fomentar la creación y la promoción de servicios de asesoramiento y representación legal especializados y accesibles para niñas y niños indígenas, asegurando que estos servicios estén informados sobre cuestiones de género y cultura (Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, 2014; Ardill, A., 2012).

Formación en sensibilidad cultural para profesionales de la justicia: Capacitar a los operadores de justicia en sensibilidad cultural y de niñez, derechos de los pueblos indígenas, y las problemáticas específicas que enfrentan los niños y niñas indígenas, con especial énfasis en el fenómeno de interseccionalidad de la discriminación (Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, 2014).

Promover el conocimiento de los derechos. Facilitar el acceso a la educación legal y a la información sobre los derechos legales para empoderar a las comunidades indígenas. Promover programas educativos

que enseñen a los niños y niñas indígenas sobre sus derechos y cómo pueden ser protegidos y reivindicados.

Mejorar el acceso a los servicios judiciales. Establecer servicios judiciales móviles o descentralizados para atender a comunidades indígenas remotas. Mejorar la infraestructura y los servicios de transporte para facilitar el acceso a los tribunales y otros servicios legales, especialmente en áreas remotas.

En cuanto a la imposición de penas, el derecho internacional establece que, cuando se impongan sanciones a personas indígenas, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y habrá que dar preferencia a métodos de rehabilitación frente a la privación a la libertad (Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, 2014).

Reconocer y respetar las normas y prácticas indígenas. Integrar las prácticas de resolución de conflictos y leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas en los sistemas judiciales (Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), sin fecha; Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, 2014).

Construir confianza en el sistema legal. Implementar medidas para abordar la desconfianza histórica hacia las instituciones estatales y promover la transparencia y equidad en el sistema judicial. Desarrollar programas de sensibilización y construcción de confianza entre las comunidades indígenas y las instituciones legales.

Reducir costos económicos. Ofrecer asistencia legal gratuita o subsidios para cubrir los costos asociados con la búsqueda de justicia. Subvencionar los costos legales y de transporte para las familias indígenas y eximir de tasas judiciales a las personas en situación de vulnerabilidad (Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2018; Tachine, *et al.*, 2021).

Evitar gastos y traslados innecesarios: Dar una debida antelación a la víctima con el fin de evitar gastos y traslados innecesarios.

Apoyar las soluciones de conflictos internos dentro de las comunidades indígenas y su derecho a utilizar sus propios sistemas de justicia (Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2021).

Investigación y recopilación de datos. Realizar investigaciones y recopilar datos desagregados sobre el acceso a la justicia para las niñas y niños indígenas, para identificar barreras específicas y evaluar la efectividad de las medidas implementadas.

Protección contra la revictimización y represalias: implementar medidas de protección para evitar la revictimización de las niñas y niños indígenas durante el proceso judicial y para protegerlas contra eventuales represalias en sus comunidades o por parte de los agresores.

Considerar la realización de peritajes culturales en el sistema de justicia para tener en cuenta los aspectos culturales del caso. Los informes de expertos se han convertido en una herramienta importante para entender mejor el contexto cultural de las mujeres indígenas y facilitar una interpretación más adecuada de sus acciones dentro del marco legal nacional

Escucha activa y respetuosa: asegurar que las niños y niños indígenas sean escuchadas/os en los procesos judiciales, respetando sus testimonios y perspectivas.

Mecanismos de denuncia accesibles y seguros: establecer mecanismos de denuncia que sean culturalmente adecuados y seguros para los niños y niñas indígenas, incluyendo la posibilidad de presentar denuncias en su propia lengua y en entornos que respeten su cultura.

Educación. Desarrollar campañas de educación dirigidas tanto a las comunidades indígenas como a la sociedad en general, sobre los derechos de las niñas y niños indígenas y la importancia del acceso a la justicia.

Participación de las niñas y niños indígenas: involucrar activamente a los niños y niñas indígenas en el diseño, implementación y evaluación de políticas y programas destinados a mejorar su acceso a la justicia, asegurando que sus voces y perspectivas sean centrales en este proceso.

e) Jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos de las niñas y niños indígenas

La justicia relacionada con niños y niñas no indígenas abarca diversos temas relacionados con el derecho de familia, el acceso a la educación, el derecho a la salud entre otros. A continuación, se abordarán estos temas a partir de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia de tribunales nacionales.

1. Obligaciones generales de respeto y de garantía reforzadas por la condición de niños o niñas indígenas

En relación con los niños y niñas indígenas, la obligación general de garantía estipulada en el artículo 1.1 de la Convención Americana so-

bre Derechos Humanos (CADH) se intensifica debido al deber especial de protección expuesto en el artículo 19 de la misma convención, en conjunto con el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Todo ello debe ser leído a la luz de los principios rectores de la CIDN, destacando el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado. Tomando en cuenta esos cuerpos normativos y principios, los Estados tienen la obligación de proporcionar una protección especial a los niños y niñas indígenas, reconociendo sus necesidades específicas que emergen de su identidad étnica y su situación de mayor vulnerabilidad. Esto es particularmente importante para aquellos que residen en comunidades marginadas, remotas, han sido desplazados de sus tierras ancestrales o se encuentran afectados por conflictos armados (Valenzuela Reyes, 2016).

En ese mismo sentido, en Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia entiende que el juzgamiento de causas en las que intervienen personas indígenas conlleva una protección especial en esferas judiciales por su vulnerabilidad. De ese modo indicó que "en casos en el que el tutelado forma parte de un grupo indígena, cuya población ha sido catalogada de condición vulnerable, es necesario tener en cuenta las garantías asumidas por el Estado costarricense, en relación con el juzgamiento de causas en las que intervienen grupos en esas condiciones. Tratándose de una causa judicial, penal en este caso, es indispensable que las autoridades, ya sea jurisdiccionales o administrativas, tomen las medidas necesarias para garantizar que el acto o audiencia dirigida a cumplir con la función de administrar justicia, resulte accesible y respetuosa de la cultura y las necesidades de dicho grupo étnico" (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2021).

La Corte de Apelaciones de Valdivia, Chile, expresó que los agentes del Estado están en "la obligación de apegar sus conductas a una situación de especial consideración, no sólo por la menor edad del sujeto respecto del cual ha de ejercer su función, sino también de su condición cultural diversa, lo que obliga a un estándar superior —por su calidad de menor— y distinto —por su etnicidad— en la conducta policial, lo que no se advirtió en el procedimiento desplegado" (Corte de Apelaciones de Valdivia, 2014). Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, 2014).

2. Derecho a la vida y la integridad personal

Existen numerosos casos de decisiones adoptadas por tribunales internacionales y nacionales relacionados con afectaciones del derecho a la vida y a la integridad personal de niños y niñas indígenas relacionados con enfermedades o desnutrición causadas por la pobreza extrema en la que viven muchas comunidades indígenas, y por la inadecuada respuesta estatal a estas circunstancias, los cuáles serán abordados más adelante en los acápites titulados derecho a la salud y derecho a la alimentación.

En el presente acápite se hará referencia al derecho a la vida en relación con las vulneraciones a este derecho producidas por agentes estatales por el uso desproporcionado de la fuerza letal contra niños y niñas indígenas.

Sobre el particular cabe señalar que la totalidad de los casos que a continuación se referencian han tenido lugar en Chile y se enmarcan en el uso de la fuerza respecto de pueblos indígenas y, particularmente, del pueblo mapuche.

Sin duda, uno de los casos más conocidos es el del niño Alex Lemún, quien a los 17 años de edad murió como consecuencia de las heridas producidas por disparos realizados por carabineros. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021) señaló que este caso hace parte de un contexto de alta presencia de presencia pública de forma permanente en las comunidades mapuche, que a partir del año 2003 y precisamente a raíz de la muerte de Alex Lemún, comenzó a ser monitoreada por distintas instancias del sistema universal de protección de los derechos humanos.

En este sentido tanto el Comité de los derechos del niño (2007), como el Comité contra la discriminación racial (2009) manifestaron su preocupación por las muertes y malos tratos de los que eran objeto los jóvenes mapuches por parte de las fuerzas de policía y recomendaron al Estado chileno que adoptar medidas preventivas y correctivas. En el año 2015 el Comité de derechos del niño se pronunció nuevamente sobre la situación evaluada años atrás indicando que "el Comité sigue profundamente preocupado por que los niños indígenas, y en particular los mapuches, todavía son víctimas de la desigualdad, la discriminación y la violencia". En consecuencia, instó al Estado a que "actúe de inmediato para acabar con la violencia policial de todo tipo contra los niños indígenas y sus familias, también en el contexto de las actividades de desarrollo; (…) Investigue y enjuicie con prontitud todos los casos de actos de violencia contra niños indígenas cometidos por agentes de policía".

En el Informe de Fondo (2021) la Comisión concluyó que: i) Alex Lemun recibió un disparo en la cabeza por parte de un agente estatal perteneciente a la institución de policía militar llamada Carabineros; ii) el Estado no aportó una explicación satisfactoria de dicho uso letal de la fuerza; iii) la única información en el expediente sobre la existencia de un disparo por parte de los comuneros es la declaración de los Carabinero que entra en contradicción con la versión de los comuneros; iv) de las pruebas técnicas practicadas resulta que Alex Lemun no disparó y que en la zona no se encontraron indicios de disparos diferentes a los proferidos por Carabineros. Igualmente, señalo que los carabineros sabían de la presencia de jóvenes en el lugar, incluidos adolescentes, a pesar de lo cual no respondieron de conformidad con el deber de especial protección establecido en la Convención Americana sino que, por el contrario, hicieron un uso de la fuerza letal incompatible con dicho instrumento. En consecuencia, la Comisión consideró que el Estado vulneró los derechos a la vida, integridad personal y derechos del niño establecidos en los artículos 4.1, 5.1 y 19 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Alex Lemun, también por el sufrimiento que tuvo que padecer en los momentos entre los disparos y la muerte, así como por la omisión del Estado en procurar inmediatamente atención médica.

Igualmente, la Comisión consideró que en este caso hubo un uso discriminatorio de la fuerza letal por parte de los agentes estatales, pues la institución de policía militar había sido reiteradamente denunciada por hechos de abuso policial en perjuicio de personas pertenecientes al pueblo mapuche en el contexto denominado "conflicto mapuche" que guarda relación con las reivindicaciones territoriales de dicho pueblo.

Existen también reiterados pronunciamientos de jueces y tribunales chilenos los tribunales nacionales mediante los cuales se han protegido la integridad personal de niños y niñas indígenas afectados por el excesivo uso de la fuerza desplegado por las autoridades de policía.

Tal como indica la Defensoría de la niñez (2020) "[l]as Cortes han señalado en sus fallos, de manera reiterada, que las policías tienen el deber de respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes mapuche, en cumplimiento de la legislación vigente y de los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia" (resaltado original).

En este sentido la Corte de Apelaciones de Temuco (2013) en el marco de un recurso de amparo se pronunció sobre un allanamiento realizado por personal de la Policía de Investigaciones durante el cual

había afectado a 12 niñas y niños entre cinco y trece años de edad, y a una mujer embarazada de seis meses miembros del pueblo mapuche. La Corte de Apelaciones concluyó que la actuación de las autoridades de policía había sido desproporcionada y había afectado a menores de edad indígenas quienes merecían una especia protección estatal por su doble condición de niños y miembros de una comunidad indígena.

En otro caso, la Corte de Apelaciones de Temuco (2014) en relación con un recurso de amparo interpuesto examinó un procedimiento policial incluyó el uso de gases lacrimógenos que afectó a 42 niñas y niños de entre cuatro y diez años de edad, quienes se encontraban en una escuela cercana al lugar donde se adelantó el procedimiento. A juicio de la Corte de apelaciones la policía hizo un uso desproporcionado de la fuerza que afectó la libertad personal y seguridad individual de los niños y niñas quienes "vivieron la situación con temor, rabia, incertidumbre y vulnerabilidad, encontrándose expuestos frecuentemente, casi como rutina diaria, a la posibilidad de sufrir allanamientos como el descrito en autos, lo que provoca en ellos una naturalización de los hechos que puede llegar a ocultar el daño individual del que puedan ser víctimas, y por ende sufrir una afectación psicológica que autoriza a esta Corte para dictar las medidas conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, como lo dispone la Carta Fundamental".

La Corte Suprema de Justicia de Chile (2018) quienes denunciaron haber sido detenidos en el camino a sus casas por tres funcionarios de Carabineros para un control de identidad, siendo, en un sitio eriazo, registrados mediante palpaciones y amenazas. La Corte Suprema que ordenó a Carabineros adecuar sus protocolos de actuación a lo establecido en la Constitución Política y en tratados internacionales, en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño. En febrero del año 2020, los funcionarios policiales involucrados en estos hechos fueron formalizados por el delito de vejación injusta.

Cobra particular interés porque hace una interesante lectura de la cosmovisión mapuche una sentencia del Juzgado de Familia de Temuco, por una denuncia presentado por Carabineros por la presencia de alrededor de 12 niños, niñas y adolescentes en la ocupación realizada en la sede de una institución estatal por miembros del pueblo indígena mapuche. La denuncia policial señala que la presencia de los niños, niñas y adolescentes podría constituir una clase de vulneración de sus derechos.

La sentencia establece que, al tratarse de infancia indígena, en atención a la normativa internacional, es:

> (…) deber del Estado respetar y garantizar el goce y ejercicio de todos sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, entre los que se cuentan el derecho y deber de sus padres y/o adultos responsables de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades, el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en consideración, derecho a la libertad de expresión, asociación, participación política y reunión.

Finaliza el juzgado señalando que los niños, niñas y adolescentes presentes en la ocupación participan en ella juntos con sus familias:

> En una acción que dice relación, según se ha manifestado por sus dirigentes, con la reivindicación de derechos territoriales; se trata de una acción que se ejerce por el conjunto de la comunidad, y como tal, está dentro de la cosmovisión mapuche que los niños sean partícipes de ella, no viendo esta judicatura por ese solo hecho que exista una grave vulneración de sus derechos, toda vez que están amparados por sus padres y familias.

3. Derecho de familia

En relación con las decisiones relacionadas con la guarda, tutela y cuidado de los niños y niñas indígenas, los artículos la Observación General 11 (2009) señala que, "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" (párrafo 48).

Las decisiones que adopten las autoridades estatales relacionadas con la tutela de los niños y niñas indígenas deben procurar no separarlos de su comunidad, y en caso de que ello no fuere posible se deberían adoptar medidas especiales para que puedan mantener su identidad cultural.

Diversos tribunales nacionales han abordado esta temática y la forma en que han resuelto los casos sometidos a su conocimiento resultan ilustradores sobre cómo es posible abordar esta materia.

En primer lugar, la Corte Constitucional (2000) relacionado con la adopción de dos gemelos, cuyos padres pertenecían a una comunidad indígena y los habían entregado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Luego del nacimiento los padres no habían llevado los niños a la comunidad debido a debido a que según a la cosmovisión del pueblo indígena al cual pertenecían los nacimientos múltiples "contaminan" a la comunidad. Al resolver el caso la Corte Constitucional negó la pe-

tición para proceder a la adopción, y en su lugar ordenó constituir un grupo interdisciplinario para que entrara en contacto con la comunidad e iniciara un diálogo intercultural en relación con los nacimientos múltiples. Luego de adelantar el diálogo el grupo interdisciplinario debería señalar el momento oportuno del traslado de los menores a la comunidad indígena, y debido a que éstos presentaban algunos problemas de salud debía recomendar los tratamientos a seguir, e ilustrar a la familia y a la comunidad U´WA sobre los cuidados que requerían, una vez éstos retornasen a su comunidad.

Igualmente, la Corte Constitucional de Colombia (2012) abordó un caso relacionado con el supuesto incumplimiento de un acuerdo relacionado con la guarda compartida de una niña indígena. El padre, la madre y los abuelos paternos de la niña habían celebrado un acuerdo ante la autoridad estatal competente, en el cual también había participado la autoridad tradicional de la comunidad indígena a la que pertenecían, en virtud del cual se otorgaba una custodia compartida entre el padre y los abuelos paternos, por una parte, y la madre de la niña por la otra. Sin embargo, la madre quien no residía en la comunidad y no se autoidentificaba como indígena, reclamaba el incumplimiento del acuerdo. En el caso concreto la Corte Constitucional ordenó que en el plazo de un mes se realizara una nueva conciliación sobre la custodia de la niña ante las autoridades competentes con la participación de los padres, los abuelos y las autoridades indígenas, además de traductores. Asimismo, ordenó a las autoridades competentes determinaran la situación familiar, el estado de salud y la situación psico-afectiva de la niña. Para fortalecer los lazos de afecto y amor entre la madre y la niña, y mientras se realizaba la nueva conciliación, ordeno que permaneciera quince (15) días con la madre, previa su valoración psicológica.

En un proceso iniciado para declarar en abandono con fines de adopción a dos niños indígenas, hermanos gemelos, el Tribunal de Familia de Costa Rica (2022) señaló que la demanda interpuesta por el Patronato Nacional de la Infancia no contempló su condición de personas indígenas, ni hizo referencia a su a su entorno y a sus costumbres (cosmovisión), como miembros de una comunidad indígena. Sostuvo que la entidad estatal al separar a los niños de su familia no tomó en consideración que los niños y sus padres "son personas que forman parte de un grupo minoritario vulnerable, resolviendo y actuando de forma arbitraria e inexplicable, sin una perspectiva de derechos humanos, causando un gran perjuicio a cada uno de los integrantes de la familia". Indicó que las pericias realizadas por la Oficina de Trabajo Social y Psicología

del Poder Judicial "carecen de perspectiva cultural, con visión de derechos humanos que contenga principios fundamentales en respeto de la dignidad de personas que por su condición sufren discriminación, desigualdad, analfabetismo, marginación y extrema pobreza". Sostuvo que en este caso "los hechos narrados pudieron resolverse de otra forma y no desarraigando a los menores de su grupo familiar, de su grupo social y cultural, no se consideró nunca el derecho de los menores a desarrollarse de acuerdo a su origen, a su cultura, al lado de su familia". Por las razones anteriores revocó la sentencia de primera instancia y ordenó que el Patronato iniciara un proceso dirigido al retorno de los niños a su familia y a su comunidad.

En un proceso relacionado con la declaratoria de abandono de una niña y un niño indígenas el Tribunal de Familia de Costa Rica (2015) señaló que los menores de edad, quienes había sido separados de sus padres e institucionalizados, no había sido criados y educados conforme a su cultura indígena a pesar de que tenían "el derecho a crecer y desarrollarse conforme a los valores, tradiciones y costumbres de su cultura". Y que la entidad estatal encargada de la protección de la niñez no procuró mantener la entidad actora para garantizar a las personas que "permanecieran bajo los principios y valores propios de su cultura". Por lo que en el caso concreto y atendiendo a estas y otras razones decidió no declarar la situación de abandono y la iniciación de un proceso dirigido al retorno de los niños a su familia y comunidad.

Como elementos comunes de las decisiones a las que se ha hecho referencia, se puede destacar que las autoridades encargadas de la protección de la niñez sean de naturaleza administrativa o judicial, al decidir sobre su guarda y cuidado deben tener la pertenencia del niño o la niña a una comunidad indígena y su derecho a ser educado dentro de dicha comunidad, de acuerdo con su sistema de creencias. Por tal razón las medidas que supongan una separación del niño de su entorno familiar y de su comunidad son excepcionales. Igualmente se hace referencia a la necesidad de entablar diálogos interculturales entre las autoridades estatales y la comunidad indígena a la cual perteneces los menores de edad, para establecer cuales sería las medidas más apropiadas para garantizar sus derechos. Asimismo, es necesario adelantar peritajes que tengan una perspectiva cultural para adoptar decisiones relacionadas con la guarda y cuidado de los niños y niñas indígenas. Igualmente, en los casos resueltos por el Tribunal de Familia de Costa Rica resulta relevante la participación de los niños y niñas en los procesos judicia-

les, y que su opinión fue valorada en relación con su pertenencia a una comunidad indígena.

4. Derecho a la educación y a la identidad cultural

Los artículos 26, 27, 28 y 29 del Convenio 169 de 1989 de la OIT prevén que: (i) que debe garantizársele a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos autóctonos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales; (iii) que la autoridad competente está en la obligación de asegurar la formación de maestros miembros de los grupos étnicos y garantizar su participación en la formulación y ejecución de los programas de educación; (iv) que la educación debe ser bilingüe al menos en los primeros años, lo cual significa que debe enseñarse a los miembros de las Comunidades Indígenas a leer y escribir en su propia lengua y en la lengua nacional; y, finalmente, (v) que deberán adoptarse medidas que permitan preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General mediante la Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007, consagra en su artículo 14 que "los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje".

En el Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010) afirmó que "[E]n particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada".

En este sentido, el derecho a la educación de los niños y niñas indígenas tiene una doble dimensión: (i) en forma igualitaria, debe garantizar la posibilidad de adquirir una educación por lo menos en pie de igual-

dad con el resto de la comunidad nacional y (ii) en forma diferencial, las instituciones educativas deben reconocer los derechos colectivos del grupo étnico a su lengua, sus tradiciones, conocimientos.

Ambas dimensiones deben ser interpretadas a la luz de los componentes del derecho a la educación definidos por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación general 13:

(i) La asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras;
(ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico;
(iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y
(iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.

Esta doble dimensión ha sido reconocida por los tribunales internacionales de derechos humanos, en este sentido la Corte Interamericana de derechos Humanos (2006) ordenó como medida de reparación en un caso relacionado con niños pertenecientes a una comunidad indígena crear una escuela temporal con los materiales y recursos humanos necesarios para los niños y niñas. Igualmente, ordenó que en la medida de lo posible la educación impartida considerará la cultura de la Comunidad y fuera bilingüe "en idioma exent y, a elección de los miembros de la Comunidad, español o guaraní".

Asimismo, en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (2010) la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y 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. En el mismo sentido consideró que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural se desprende

la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas.

Sobre el derecho a la educación de los niños y niñas indígenas se han pronunciado distintos tribunales nacionales. La Corte Constitucional de Colombia (2019) se ha referido tanto a la faceta diferencial como a la faceta universal del derecho. En relación con la faceta diferencial ha señalado que el Estado tiene la obligación como docentes que permitan (i) la preservación de la diversidad lingüística y, específicamente, el carácter bilingüe de la educación en aquellos pueblos que conserven su idioma propio; (iii) los conocimientos sobre etnoeducación; (iv) el conocimiento del pueblo en donde prestará el servicio, incluida su cultura, tradiciones, cosmovisión (2021). E igualmente se ha referido a la obligación estatal de garantizar los cuatro elementos estructurales del derecho a la educación cuando se trata de niños y niñas indígenas, en particular en relación con la calidad y aceptabilidad del servicio de educación, tanto en relación con el estado de la infraestructura educativa como en relación con la formación de los docentes.

Igualmente, la Corte Suprema de Costa Rica ha protegido las distintas dimensiones del derecho a la educación de los niños y niñas indígenas. En este sentido ha señalado que deben preferirse educadores que han sido recomendados por la comunidad indígena debido a que están familiarizados con su cultura (2018). E igualmente sobre la obligación estatal de garantizar que los establecimientos educativos a los cuales asisten los niños y niñas indígenas cuenten con una infraestructura adecuada (2019).

La Corte de Apelaciones de Temuco, tuvo que conocer de un recurso en el cual el padre de una niña mapuche de 3 años denunció como una omisión arbitrario e ilegal del Ministerio de Educación, el no disponer de un programa educativo orientado a la educación parvularia que garantice los derechos de su hija y de otros niños y niñas mapuche a la identidad cultural y al uso de la lengua materna mapuzungún.

La Corte rechazó el recurso puesto que "no se vislumbra una omisión ilegal o arbitraria, por parte del recurrido, sino que, al contrario, se observa que como Estado, se han adoptado varias medidas, con estricto apego a la normativa que rige la obligatoriedad de otorgar una educación parvularia que posibilite la interculturalidad y una educación bilingüe, por lo que no existen antecedentes que acrediten que ha existido una vulneración al derecho consagrado en el N°2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República".

En suma, este fallo reconoce el derecho a la educación bilingüe para niñas y niños indígenas, sin embargo, consideró que "no se puede por esta vía, obligar a que exista un establecimiento educacional que solo brinde educación en mapuzungún, pues ello implicaría asimismo obligar a los padres o apoderados de otro menor que asista al establecimiento que tenga la obligación de disponer de la enseñanza del idioma de un pueblo originario, sino se identifica con él y que, probablemente no tenga la posibilidad de matricularlo en otro" (Corte de Apelaciones de Temuco, 2022).

5. Derecho a la salud

El artículo 25.2 del Convenio 169 de la OIT prevé que los servicios de salud de las comunidades indígenas deberán organizarse, y deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. En ese sentido el derecho a la salud de los niños y niñas indígenas debe tener un enfoque diferenciado que atienda la diversidad étnica y cultural y la exigencia de adaptabilidad cultural.

Por otro lado, cabe recordar que de conformidad con el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. El mismo precepto señala que "los Estados Parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

De esa forma, las medidas que se tomen para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud deben estar encaminadas a garantizar que todos los beneficiarios del sistema general puedan gozar de los servicios oportunos en todas las partes del país. Lo mismo debe leerse a la luz del principio de accesibilidad, el cual señala que los servicios de salud deben estar "al alcance geográfico de toda la población, en especial en los sectores más vulnerables y marginados", entre ellos las comunidades indígenas (Observación General 14 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

En esta materia existe una amplia jurisprudencia internacional y nacional en relación con la garantía del derecho a la salud de los miembros de las comunidades indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Yakye Aza Vs. Paraguay (2005)

sostuvo que "las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural".

Igualmente, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (2006) la Corte Interamericana declaró responsable al Estado de Paraguay por la violación del derecho a la vida de niños y niñas pertenecientes a la comunidad indígena que habían fallecido como consecuencias de enfermedades razonablemente evitables, previsibles y tratables a bajo costo, porque no habían recibido atención médica o porque la atención médica recibida no había sido oportuna ni suficiente. La Corte sostuvo que el Estado no había adoptado medidas especiales orientadas en el principio del interés superior de los niños pertenecientes a la Comunidad. En este sentido una de las medidas de reparación ordenadas fue la atención médica de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños.

Asimismo, en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (2010), estableció la violación por parte del Estado del artículo 19 convencional por no adoptar medidas especiales de atención en salud de niños y niñas indígenas y declaró la violación del artículo 4 por la muerte de niños pertenecientes a la comunidad que no habían recibido atención en salud adecuada y oportuna.

Los tribunales nacionales se han pronunciado ampliamente sobre el derecho a la salud de los niños y niñas indígenas. En la sentencia T-302 de 2017 (2017) la Corte Constitucional aborda específicamente la atención en salud de los niños y niñas de un pueblo indígena que presentaba elevados índices de mortalidad infantil. Sostuvo que el derecho a la salud de los niños y niñas indígenas debe ser abordado desde los principios de universalidad y accesibilidad para lograr el goce efectivo del derecho a la salud desde todas sus facetas, pero también desde un enfoque diferenciado que tiene en cuenta la diversidad étnica y cultural y la exigencia de adaptabilidad cultural por tratarse de menores de edad miembros de una comunidad étnica. En el caso concreto se concluyó que "[e]l acceso a la salud es esporádico o incluso inexistente para algunas comunidades wayúu. Los niños y niñas que sufren de desnutrición encuentran dificultades en la atención en salud debido a un modelo de atención inadecuado para las zonas rurales dispersas, la falta de disponibilidad de la red hospitalaria y los problemas administrativos que aquejan al Departamento de La Guajira y a sus municipios".

Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2018) ha señalado que los niños y niñas indígenas con discapacidad deben recibir rehabilitación o terapia física cerca de sus hogares, lo que obliga a las entidades prestadoras a poner a disposición de los usuarios especialistas y centros de atención geográficamente accesibles.

La Corte de Apelaciones de Arica se pronunció sobre un caso relacionado con un recurso de protección presentado en representación de un niño de 11 años de edad contra su madre que por sus cosmovisión y creencias se negaba a que se le aplicara la vacuna contra del Covid-19 a su hijo. En ese caso, la Corte consideró que en este caso existía un "conflicto entre la voluntad de la madre y el interés superior del niño" y que "este último debe primar, particularmente si con la decisión que se denuncia por el recurrente, se vulnera la garantía constitucional consagrada en el N° 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental, respecto de su derecho a la vida y su integridad física, decisión que, además, resulta ilegal, contraria al ordenamiento jurídico, en este caso, al Decreto exento N° 6, amenazando la garantía en análisis, ya que el niño, al no ser vacunado, se encuentra expuesto a contraer enfermedades inmunoprevenibles". El recurso fue acogido y se ordenó a la madre llevar a cabo la vacunación del niño (Corte de Apelaciones de Arica, 2021).

6. Derecho a la alimentación y al agua

El artículo 24 del Convenio sobre los derechos del niño señala que una de las obligaciones estatales, en materia del derecho a la salud de los niños y niñas es el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre. En el Sistema Universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su artículo 11.1 consagra el deber de los Estados de reconocer a toda persona una calidad de vida adecuada incluyendo una sana alimentación y el derecho fundamental de toda persona a ser protegida contra el hambre. Además, el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, expresa que "[t]oda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual".

En relación con el derecho a la alimentación de los niños y niñas indígenas no hay jurisprudencia específica de tribunales internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) ha señalado que el derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia guardan están vinculados con el derecho a la salud y que en el caso de los pueblos indígenas "el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recur-

sos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia". En el mismo sentido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1999) ha señalado que los Estados deben conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos, tales como los pueblos indígenas, que pueden estar en una situación especialmente vulnerable.

En el caso concreto de los pueblos indígenas, el derecho a la alimentación y al agua potable guarda especial relación con el derecho a la propiedad comunitaria. La relación especial que tienen estas comunidades con el territorio donde se asientan, no solo se dirige a proteger el lugar de sus ancestros y su pueblo, sino también el lugar que los alimenta a través de sus siembras y cultivos tradicionales. La FAO (2009) ha establecido que la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas no se limita a satisfacer sus necesidades básicas, sino que se deben considerar sus dimensiones culturales, Así, el componente de la *aceptabilidad cultural* del derecho a la alimentación adquiere una verdadera importancia, pues a través de la comida que consumen los miembros de comunidades indígenas, ellos mantienen su identidad y cosmovisión cultural. Los pueblos indígenas todavía tienen prácticas tradicionales colectivas e individuales que se concentran en actividades de pastoreo, agricultura, caza, pesca, entre otras. Estas actividades representan —además de ser su fuente de alimento y subsistencia— un aspecto relevante en su identidad cultural. Por tanto, es importante tener en cuenta, que muchos pueblos indígenas entienden el derecho a la alimentación con un derecho colectivo.

En relación con el derecho a la alimentación de niños y niñas indígenas la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, determinó que las condiciones de extrema vulnerabilidad en la cual se encontraban los miembros de una comunidad indígena afectaron en forma particular a los niños y niñas. La falta de una alimentación adecuada había afectado el desarrollo y crecimiento de los niños, aumentado los índices normales de atrofia en su crecimiento y ocasionado altos índices de desnutrición entre ellos, todo lo cual era contrario a la obligación estatal de adoptar medidas especiales de protección de los niños y niñas establecida en el artículo 19 de la Convención.

La Constitucional de Colombia (2017) se refirió al derecho a la alimentación de los niños y niñas de un pueblo indígena y sostuvo:

> la seguridad alimentaria de los niños y niñas del pueblo Wayúu debe ser garantizada por el Estado a través de las distintas políticas, tanto a nivel nacional como local. De la misma manera, tal como se mencionó en estas consideraciones, el derecho a la alimentación de los pueblos indígenas no se limita a asegurarles la seguridad alimentaria, sino que deben tenerse en cuenta sus prácticas tradicionales y los alimentos que acostumbran a consumir acordes con sus actividades propias de subsistencia. Así, es relevante que en la implementación de las políticas públicas que pretenden garantizar la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas, se observe con el mayor respeto las tradiciones culturales alimenticias del pueblo Wayúu, pues de nada sirve proveerles alimentos si éstos no son acordes con sus costumbres. El Estado debe fortalecer sus prácticas tradicionales de subsistencia. En ese sentido, estas acciones deben tener en cuenta las causas que han generado la situación de escasez de alimentos, con el objeto de no caer en políticas asistencialistas sino en soluciones de largo plazo que aseguren a las comunidades la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad alimentaria.

En el caso concreto la Corte Constitucional determinó que el derecho a la alimentación ellos niños y niñas wayúu resultaba vulnerado no solo por la falta de disponibilidad de alimentos, sino también por la situación de inseguridad alimentaria causada, entre otros motivos, por la pérdida de las tradiciones alimentarias según los usos y costumbres del pueblo Wayúu. En esa medida concluyó que la solución para la vulneración de estos derechos no consistía en la aplicación de programas asistencialistas para alimentar directamente a los niños y niñas, sino que debía incluir iniciativas de seguridad alimentaria destinadas a fortalecer las capacidades y la autonomía del pueblo Wayúu.

7. Niñas y niños indígenas privados de la libertad

Varios de los estándares desarrollados para personas, comunidades o pueblos indígenas por tribunales internos y tribunales internacionales resultan también aplicables a las niñas y niños indígenas dado que, en términos generales, ellos son titulares de los mismos derechos que los adultos.

7.1. Afectación diferencial

En la Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022 sobre Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, la Corte Interamericana se refirió a las obligaciones específicas que los Estados tienen en la atención de las personas perte-

necientes a pueblos indígenas privadas de la libertad, en razón de sus características y necesidades especiales.

La Corte indicó tomando en cuenta su especial relación con el territorio y su comunidad, las personas indígenas constituyen un grupo desproporcionadamente afectado por la pena privativa de la libertad. Esta medida representa un obstáculo para el ejercicio pleno del derecho a la identidad cultural de las personas indígenas, cuyos efectos se extienden a toda la comunidad (párrafo. 282). Del mismo modo, sostuvo que la separación de la persona indígena de su comunidad y territorio, elementos constitutivos de su identidad cultural, puede conllevar a profundos sufrimientos que sobrepasan aquellos inherentes a la estancia en prisión y tienen un impacto negativo sobre los miembros de la comunidad indígena (párrafo. 292)

Al respecto, la Corte ha señalado que la duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, lo que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo (párrafo. 282).

En el mismo sentido, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas ha señalado que la privación de la libertad de una persona indígena puede generar "efectos a largo plazo en los medios de vida de la familia, ya que la persona detenida puede ser el principal sostén de la familia o tal vez se vea impedida de proceder a la siembra o a la recolección [de alimentos]" (Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2018).

7.2. La preferencia de penas alternativas a la prisión respecto de las personas indígenas

La Corte Interamericana sostuvo que de los artículos 1.1, 5.2 y 5.3 de la Convención Americana, y del *corpus iuris* especializado en los derechos de los pueblos indígenas, se desprende una obligación internacional de garantizar la excepcionalidad de la privación de la libertad de las personas indígenas. En cumplimiento de esta obligación, los Estados deben regular las penas alternativas a la prisión, así como las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva que son aplicables a las personas indígenas, delimitando aquellas excepciones donde la privación de libertad resulte necesaria (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 292).

Del mismo modo, la Corte IDH consideró que en la evaluación de la responsabilidad penal y la determinación de la pena correspondiente a una persona indígena, las autoridades judiciales del sistema penal ordinario deben: (i) analizar la condición particular de cada persona, su rol e integración con su respectiva comunidad, así como su autoidentificación como persona indígena y las características y condiciones específicas del pueblo indígena al que pertenece; (ii) determinar, en cada caso, si en razón de las característica económicas, sociales y culturales de la persona aplica alguna causa de inimputabilidad, justificación o exculpación; (iii) considerar, desde la perspectiva de la cultura indígena, el impacto que tendría la privación de la libertad sobre la persona y la comunidad indígena, y (iv) aplicar, de forma preferente, sanciones y medidas cautelares que no impliquen la privación de la libertad. Para lograr una aproximación intercultural en la administración de justicia penal, resulta fundamental, además, evaluar las características de la persona sujeta al proceso a partir de su propia cultura, con el apoyo de peritajes antropológicos y sociológicos, intérpretes y visitas in situ, entre otros. Ello exige también que las autoridades jurisdiccionales establezcan una relación de diálogo y coordinación con los representantes de la comunidad indígena (párrafo 293).

En el caso de los pueblos indígenas, la excepcionalidad de la privación de la libertad como pena o medida cautelar tiene unas connotaciones adicionales a la de la presunción de inocencia, por el impacto en el desarraigo, impacto cultural y riesgo de doble sanción. En casos de pueblos en aislamiento o de reciente contacto, la excepcionalidad de la pena de prisión resulta más rigurosa por su falta de integración con la comunidad occidental y falta de conciencia del contenido ilícito de la acción por estar culturalmente condicionada (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 294).

7.3. Preservación de la identidad cultural de las personas indígenas privadas de la libertad

La Corte Interamericana señaló que era fundamental que, como criterio orientador, los Estados garanticen la participación de las autoridades indígenas en el desarrollo e implementación de políticas públicas atingentes a la privación de la libertad de miembros de su comunidad, así como de usos propios del ejercicio de su autonomía que haga complementaria la norma de la justicia ordinaria penal con las prácticas, usos y costumbres de los pueblos indígenas, en relación con medidas de privación de

la libertad y que no necesariamente están relacionadas con la reclusión en centros carcelarios (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 298).

La Corte consideró asimismo que es pertinente que los Estados emprendan políticas para la articulación de las necesidades de las personas indígenas con la administración de justicia y la administración penitenciaria (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 299).

En Chile, los "facilitadores interculturales" son personas indígenas que articulan las necesidades de otras personas indígenas sujetas a un proceso penal con varias instituciones del Estado, como el Poder Judicial y el sistema de salud. Así, por ejemplo, se exige la presencia del facilitador intercultural junto con la del defensor, cuando el imputado pertenezca a un pueblo originario y presente dificultades en la comunicación en idioma castellano (Defensoría Penal Pública de Chile, 2014).

La Corte IDH señaló asimismo que en aquellos casos excepcionales en los que la privación de la libertad de una persona indígena sea necesaria, las instalaciones y servicios otorgados en prisión se adecúen, en la mayor medida posible, a las exigencias del correcto ejercicio del derecho a la identidad cultural (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 301).

Sobre la ubicación de las personas indígenas privadas de libertad, la Corte indicó que cuando las condiciones lo permitan, los Estados deberán ubicar a las personas indígenas privadas de la libertad en los centros penitenciarios más cercanos a sus comunidades, consultando para tal fin a las autoridades indígenas correspondientes. Cuando ello no sea posible, los Estados deben brindar a las personas indígenas horarios de visitas más flexibles, que permitan visitas periódicas con sus familiares e integrantes de la comunidad (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 304).

Además, en lo que se refiere a la preservación de preservación de las tradiciones y costumbres indígenas durante la privación de la libertad, la Corte IDH señaló que los Estados cuentan con la obligación de permitir a las personas indígenas privadas de su libertad ejercer sus prácticas culturales y religiosas en el entorno penitenciario. Ello implica que los Estados garanticen que estas personas puedan: a) profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias; b) participar en rituales religiosos y espirituales, y ejercer sus prácticas tradicionales; c) elegir a sus representantes dentro de la población penitenciaria, quienes podrán organizar ceremonias de forma periódica, y visitar a los prisioneros que lo requieran; d) recibir visitas externas de representantes de su religión y de su comunidad; e) en la medida de lo posible, acceder a lugares específicos para practicar su culto, y f) por-

tar sus vestimentas tradicionales, y mantener la longitud de su cabello (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 310).

En lo que respecta el acceso a alimentos culturalmente adecuados durante la privación de la libertad, el Tribunal Interamericano estableció que existe una obligación internacional de proveer a las personas indígenas alimentación que, además de cumplir con los requerimientos nutricionales necesarios para el mantenimiento de su salud, se adecúe a los valores y tradiciones de su cultura. Así, los Estados deben permitir que, cuando sea posible, las personas indígenas privadas de su libertad puedan preparar sus propios alimentos, de conformidad con sus pautas culturales. También resulta necesario que los Estados faciliten que otros miembros de la comunidad indígena, así como organizaciones que velan por los derechos de los pueblos indígenas, puedan brindar alimentos a la persona privada de libertad (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 314).

Sobre el uso de prácticas y medicinas tradicionales, la Corte IDH indicó que del deber estatal de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, se desprende la obligación de brindar tratamiento médico culturalmente adecuado a las personas indígenas privadas de libertad. Además, el derecho a la salud de las personas privadas de libertad implica la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran las personas detenidas en cuestión (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 321).

Además, el tratamiento médico adecuado, oportuno, que atienda sus "especiales necesidades de atención", requerirá en virtud de su cosmovisión, el uso de prácticas y medicinas tradicionales. En virtud de lo anterior, la Corte IDH consideró que los Estados cuentan con las siguientes obligaciones específicas: a) promover sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos, de forma tal que el tratamiento médico brindado a las personas indígenas tome en consideración sus pautas culturales; b) permitir a las personas indígenas privadas de libertad introducir al recinto penitenciario aquellas plantas y medicamentos tradicionales, siempre que no representen un peligro para su salud o la de terceros, y c) permitir el ingreso de personas que apliquen la medicina tradicional de la comunidad indígena a los recintos penitenciarios para la atención médica de la persona indígena (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 321).

7.4. El uso de la lengua indígena durante la privación de libertad y la adopción de medidas de reinserción e integración culturalmente adecuadas

La Corte IDH estimo que el ejercicio de los derechos tutelados por la Convención Americana por parte de las personas indígenas privadas de libertad exige como presupuesto que ellas puedan expresarse y recibir información en su idioma o lengua. Consecuentemente, los Estados deben: a) garantizar que cualquier información brindada al resto de la población penitenciaria, en especial aquella relativa a sus derechos, el estado de su proceso, y el tratamiento médico recibido, sea traducido al idioma de las personas indígenas. Si estas no saben leer, deberán ser leídas a ellas por parte de intérpretes; b) brindar interpretación en aquellos procedimientos y diligencias administrativas y judiciales que puedan afectar sus derechos, cuando las personas indígenas no hablen el idioma en que tales procesos sean conducidos, o cuando soliciten expresarse en el idioma propio, y c) abstenerse de prohibir a las personas indígenas privadas de libertad expresarse en el idioma de su elección, lo cual constituye un trato discriminatorio contrario a la Convención Americana (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 327).

Asimismo, la Corte IDH estableció que la concreción de la finalidad del régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, prevista en el artículo 5.6 de la Convención, requiere que, en el caso de las personas indígenas, los Estados adopten medidas que permitan el acceso a conocimientos tradicionales, educación y material educativo intercultural y bilingüe. Así, los programas y servicios penitenciarios deberán ser apropiados, accesibles y atender las necesidades culturales de cada persona con enfoque interseccional. Para implementar tales medidas, la Corte resalta que los Estados deberán trabajar en conjunto con las comunidades y autoridades indígenas correspondientes (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 330).

7.5. Prevención de la violencia contra las personas indígenas privadas de la libertad

La Corte IDH consideró que, de los artículos 1.1, 4, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana se desprenden las siguientes obligaciones específicas para la prevención de la violencia en contra de las personas indígenas privadas de libertad: a) capacitar y sensibilizar a los funcionarios penitenciarios sobre las particularidades de las culturas indígenas; b)

establecer mecanismos de supervisión penitenciaria, así como de denuncia e investigación de violaciones a los derechos humanos que sean independientes, y que cuenten con personal culturalmente sensible y capacitado en la investigación de la violencia contra las personas indígenas; c) incrementar el número de funcionarios penitenciarios indígenas; d) desarrollar, en conjunto con las comunidades y autoridades indígenas políticas penitenciarias para atender la violencia y discriminación, y e) asegurar que las medidas adoptadas para proteger a las personas indígenas no impliquen un trato inferior al brindado a las otras personas privadas de libertad, ni el aislamiento (Corte IDH. OC 29, 2022, párrafo 336).

8. Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual

El Protocolo para el mantenimiento del orden Público de los carabineros de Chile establece criterios para proceder a la detención de niños y niñas indígenas, tales como "en caso de cumplimiento de órdenes judiciales que impliquen el uso de la fuerza se priorizará la asistencia de un experto en cosmovisión indígena y se deberá afectar en la menor medida posible los derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas" (Carabineros de Chile, 2014).

f) Referencias bibliográficas y jurisprudenciales

1. Bibliografía

Agrawal, A. (1995). "Dismantling the divide between indigenous and scientific knowledge". *Development and Change*, 26(3), 413-439.

Anaya, S. James (2004). *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press.

Andrade-Padilla, W. M., Narváez-Zurita, C. I., Erazo-Álvarez, J. C., & Pozo-Cabrera, E. E. (2020). "Actuación del consorcio de justicia indígena y campesina de San Pedro de Cañar". *Iustitia Socialis*, 5(2), 86.

Ardill, A. (2012). "Non-Indigenous Lawyers Writing about Indigenous People". *Alternative Law Journal*, 37, 107-110.

Barrera, A. M. G. (2020). "Marco internacional del derecho penal para menores de edad". *Anuario Mexicano De Derecho Internacional*, 1(20), 395.

Blackstock, C., Bamblett, M., & Black, C. (2020). "Indigenous ontology, international law and the application of the Convention to the over-representation of Indigenous children in out of home care in Canada and Australia". *Child Abuse & Neglect*, 104587.

Boccara, G. (2007). "Tnogubernamentalidad: la formación del campo de la salud intercultural en Chile". *Chungará* (Arica), 39(2).

Carpenter, K., & Riley, A. (2013). "Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights". *California Law Review*, 102, 173.

Carranza, O. B. (2021). "Desvinculación de la justicia especial de la justicia ordinaria, provincia de Condorcanqui, Perú". *Revista Científica UNTRM: Ciencias Sociales y Humanidades*, 3(3), 09.

Castell-McGregor, S. (1985). "Children's Rights and the Media". *Media International Australia*, 37, 52-54.

Cely, L. A. R. (2012). "Análisis de la justicia restaurativa en materia de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia". *Portada De Anuario De Psicología Jurídica*, 22, 25-35.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). (2021). "La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles. Camino para su articulación". *Ceja*.

Coronado, G. (2008). "Insurgencia y turismo: reflexiones sobre el impacto del turista politizado en Chiapas". *PASOS Revista De Turismo y Patrimonio Cultural*, 6(1), 53-68.

Cunneen, C. (2006). "Racism, Discrimination and the Over-Representation of Indigenous People in the Criminal Justice System: Some Conceptual and Explanatory Issues". *Current Issues in Criminal Justice*, 17, 329-346.

Daly, K. (2015). "What is Restorative Justice? Fresh Answers to a Vexed Question". *Victims & Offenders*, 11(1), 9-29.

Daly, K. (2002). "Restorative justice". *Punishment & Society*, 4(1), 55-79.

Due Process of Law Foundation (DPLF) e Instituto de Defensa Legal de Perú (IDL), (sin fecha), "Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas", disponible en https://www.dplf.org/sites/default/files/

obstaculos_para_el_acceso_a_la_justicia_en_las_americas_version_final.pdf

Drost, L., Haller, B., Hofinger, V., Kooij, T., Lünnemann, K., & Wolthuis, A. (2015). *Restorative Justice in Cases of Domestic Violence*.

Eide, A. Cohen, Cynthia Price (ed.). (2001). "Human Rights of Indigenous Peoples". *American Journal of International Law*, 95, 260-264.

Espinosa, A., Calderón-Prada, A., Burga, G., & Güímac, J. (2007). "Estereotipos, prejuicios y exclusión social en un país multiétnico: el caso peruano". *Revista De Psicología*, 25(2), 295-338.

Farias, Y. N., Leite, I. d. C., Siqueira, M. A. M. T. d., & Cardoso, A. M. (2019). "Iniquidades étnico-raciais nas hospitalizações por causas evitáveis em menores de cinco anos no Brasil, 2009-2014". *Cadernos De Saúde Pública*, 35(suppl 3).

Fremantle, E., Zurynski, Y., Mahajan, D., D'Antoine, H., & Elliott, E. (2008). "Indigenous Child Health: Urgent Need for Improved Data to Underpin Better Health Outcomes". Medical Journal of Australia, 188.

Goldman, D. (2020). "Las reglas de Brasilia". *Revista Llapanchikpaq Justicia*, 1(1), 65-105.

Greenwood, P. (2008). "Prevention and Intervention Programs for Juvenile Offenders". *The Future of Children*, 18, 185-210.

Hong, W. (2003). "On the Principle of Best Interests for the Child". *Modern Law Science*.

Iglesias-Osores, S. and Saavedra-Camacho, J. L. (2023). "Acceso a los servicios de salud de comunidades indígenas en Perú". *Revista Salud Amazónica Y Bienestar*, 2(1), e523.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2006). "Acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman". *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José.

Johnson, C., & Brown, L. (2019). "Geographical Barriers to Justice: A Case Study of Indigenous Communities in Northern Canada". *Canadian Journal of Law and Society*, 34(2), 201-220.

Liefaard, T. (2019). "Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda". *The International Journal of Children's Rights*.

Limerick, N. (2021). "¿Pueden utilizarse las instituciones estatales para reivindicar los idiomas indígenas?". *RUNA, Archivo Para Las Ciencias Del Hombre*, 43(1), 37-55.

McCallum, K., & Papandrea, F. (2009). "Community Business: The Internet in Remote Australian Indigenous Communities". *New Media & Society*, 11, 1230-1251.

Manco, E. (2013). "The United Nation Convention on the Rights of the Child: Are Children 'In Conflict with Law' Really Protected? A Case Study of Republic of Albania's Juvenile Justice System".

Merino, M., Quilaqueo, D., & Saiz, J. (2008). "Una tipología del discurso de discriminación percibida en mapuches de chile". *Revista Signos*, 41(67).

Morato, N. R. (2016). "La resistencia y la sobrevivencia de la justicia indígena en Colombia". *Revista Científica General José María Córdova*, 14(17), 341.

Patrinos, H. (2000). "The Cost of Discrimination in Latin America". *Studies in Comparative International Development*, 35, 3-17.

Pereyra, R., Alonso, E., & Lencina, R. (2021). "La construcción noticiosa de los pueblos indígenas en los principales diarios online de Argentina". *Revista De Comunicación*, 20(1), 217-238.

Puma-Usuño, J. and Redrobán-Barreto, W. (2023). "Comunidades indígenas y su combate diario ante la discriminación en el Ecuador". *Digital Publisher CEIT*, 8(2-1), 469-482.

Rodríguez, N. (2007). "Restorative justice at work: examining the impact of restorative justice resolutions on juvenile recidivism". *Crime & Delinquency*, 53(3), 355-379.

Rolnick, A. (2020). *Indigenous Children. The Oxford Handbook of Children's Rights Law.*

Smith, A. B. (2018). "Access to Justice for Indigenous Peoples in Remote Areas". *Journal of Indigenous Legal Studies*, 2(1), 45-63.

Smith, L. T. (2012). *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples*. Zed Books.

Stallaert, C., Kleinert, C. V., & Núñez-Borja, C. (2020). "Acceso a la justicia y formación de intérpretes en lenguas indígenas. una propuesta de cooperación triangular con enfoque decolonial". *CPU-e, Revista De Investigación Educativa*, (30), 60-83.

Tachine, A. R. and Cabrera, N. L. (2021). "I'll Be Right Behind You": Native American Families, Land Debt, and College Affordability". *AERA Open*, 7.

Tamanaha, Brian Z. (2008). "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global". *Sydney Law Review*, Vol. 30, No. 3, pp. 375-411.

Upton, J. C. (2021). "From Thin to Thick Justice and Beyond: Access to Justice and Legal Pluralism in Indigenous Taiwan". *Law & Social Inquiry*, 47(3), 996-1025.

Valenzuela Reyes, Mylene. (2016). "Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de derecho* (Coquimbo), 23(2), 211-240

Wasserman, G., Jensen, P., Ko, S., Cocozza, J., Trupin, E., Angold, A., Cauffman, E., & Grisso, T. (2003). "Mental health assessments in juvenile justice: report on the consensus conference". *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 42 7, 752-61.

Woolley, S. (2009). "The Rights of Indigenous Children Around the World - Still Far from a Reality". *Archives of Disease in Childhood*, 94, 397-400.

Zermatten, J. (2010). "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function". *The International Journal of Children's Rights*, 18(4), 483-499.

2. Jurisprudencia, observaciones, directrices, políticas e informes

Carabineros de Chile. Protocolo para el mantenimiento del orden público, 25 de julio de 2014.

Comentario a las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) de 16 de marzo de 2011. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas de 2011 disponible en https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe no. 458/21. Caso 12.880 Informe de Fondo (publicación). Edmundo Alex Lemun Saavedra y otros. chile

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección de 2017 disponible en https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5, 2003.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 11, 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, 2013.

Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales en el contexto del examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 44 de la Convención. Chile. 23 de abril de 2007. CRC/C/CHL/CO/3.

Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales en el contexto del examen de los informes presentados por los Estados Parte. Chile. 30 de octubre de 2015. CRC/C/CHL/CO/4-5.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales en el contexto del examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 9 de la Convención. Chile. 7 de septiembre de 2009. CERD/C/CHL/CO/15-18.

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Derechos del niño: acceso de los niños a la justicia, 25 de marzo de 2014, A/HRC/25/L.10.

Corte de Apelaciones de Arica, 2021, ROL: 865-2021.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 435-2013.

Corte de Apelaciones de Temuco, 2022, ROL: 1535-2022.

Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 21 de octubre de 2014. Rol 203-2014.

Corte de Apelaciones de Temuco Rol 569-2014. Corte Suprema Rol 23.832-2014.

Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 10.868-2018.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-030 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-01-2012.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-302-2017.

Corte Constitucional de Colombia sentencia T-058-2019.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Corte IDH. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

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

Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 30 de octubre de 2014. Rol 27295-2014

Defensoría Pública de Chile. Resolución exenta No. 529 de 27 de agosto de 2014.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990.

Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas del Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo de 2009, disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/7374.pdf

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/39/17, de 10 de agosto de 2018.

FAO. "The Right of adequate food and indigenous people. How can the right to food benefit indigenous people". Disponible en: http://www.fao.org/docrep/016/ap552e/ap552e.pdf

Juzgado de Familia de Temuco, RIT 1022-2015.

Manual sobre programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas de 2006. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justi-

ce-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas. Estudio el acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, 7 de agosto de 2014, A/HRC/27/65.

Poder Judicial de la República de Chile, Academia Judicial, Protocolos de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables del Poder Judicial, 2022. Disponible en https://academiajudicial.cl/2022/10/21/protocolos-de-acceso-a-la-justicia/

Protocolo de Acceso a la Justicia de grupos vulnerables del poder judicial de la República de Chile, 2019, disponible en https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/10/PROTOCOLO_DE_ACCESO_A_LA_JUSTICIA.pdf

Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas de 2014, disponible en: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67059

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 14 de diciembre de 1990.

Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, de marzo de 2008.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) de 17 de diciembre de 2015.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing") de 28 de noviembre de 1985.

Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México. 28 de junio de 2018. A/HRC/39/17/Add.2.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Costa Rica, resolución Nº 00291-201814 de 2018. Disponible en: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0005-842251.

Sala Constitucional, resolución Nº 22539-2021 08 de Octubre del 2021 de la Corte Suprema de Costa Rica.

Protocolo de Acceso a la Justicia de niñas, niños y adolescentes del poder judicial de la República de Chile de 2022. Disponible en https://academiajudicial.cl/2022/10/21/protocolos-de-acceso-a-la-justicia/

Protocolo de atención a usuarios y usuarias mapuche de los Juzgados y Tribunales de la Macrorregión Sur (Pau-Mapu) de 2019, disponible en https://pau-mapu.cl/

Tribunal de Familia de Costa Rica, Resolución Nº 00822-2022, 31 de Agosto de 2022. Disponible en https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1111164.

Tribunal de Familia de Costa Rica. Resolución Nº 00070-2015. Disponible en https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-698194

UNICEF/Asamblea Nacional del Ecuador, 2018. Interés superior del niño. Disponible https://www.unicef.org/ecuador/media/2406/file/Inter%C3%A9s%20Superior%20del%20Ni%C3%B1o.pdf

Capítulo 3
Derechos humanos de las Mujeres Indígenas

El capítulo sobre mujeres indígenas presenta un breve panorama del marco normativo e institucional de protección de sus derechos, para luego proponer el enfoque de capacidades como encuadre teórico para la interpretación judicial.

La clase de razonamiento judicial que plantea esta teoría es uno de tipo eminentemente práctico, que tome en cuenta las reales habilidades de las personas poseen para elegir actuar de una manera determinada en sus contextos específicos.

Un análisis que considere los elementos contextuales de la acción que se examina supone —en el caso de las mujeres indígenas— la utilización de dos herramientas interpretativas imprescindibles: la cosmovisión indígena y la perspectiva de género.

En cuanto a la interpretación del principio de igualdad, se formulan precisiones relevantes de cara a la labor jurisdiccional, pues por una parte se distingue entre la igualdad formal y la igualdad material y por otra, entre la igualdad por equiparación y por diferenciación.

Se concluye que el enfoque de capacidades hace posible una mejor interpretación del principio de igualdad tratándose de grupos estructuralmente desaventajados, como las mujeres indígenas.

En cuanto a la categorización de las mujeres indígenas como grupo estructuralmente desaventajado, se comienza indicando que uno de los factores que inciden en ello es su invisibilidad producto de la ausencia o deficiencia de datos en relación a su caracterización, experiencias y necesidades. En esta línea, y sin pretensiones de exhaustividad, se consignan algunas de las manifestaciones de violencia en su contra.

Seguidamente, se reseñan los principales obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a justicia y se plantean medidas para facilitarlo.

Por último, se refieren un conjunto de estándares nacionales e internacionales desarrollados por distintos tribunales de la región para avanzar en la protección de sus derechos.

a) Órganos de Naciones Unidas y disposiciones específicas relacionadas con los Derechos de la Mujer Indígena

1. Disposiciones generales sobre Mujeres

Antes de referirnos específicamente a la situación de las mujeres indígenas, y aunque huelga decirlo, conviene recordar que les resultan aplicables todos los derechos y desarrollos que corresponden a las mujeres en general. Lo anterior es sin perjuicio comprender sus derechos dentro de sus contextos culturales particulares, conforme a un enfoque más diferenciado y especializado para abordarlos.

En esta línea, considerando sus particulares necesidades y experiencias y con el propósito de lograr la igualdad de derechos en favor de las mujeres indígenas, se establecen medidas específicas para promover su bienestar, como ocurre por ejemplo en materia de acceso a servicios de salud culturalmente adecuados (Pelcastre-Villafuerte *et al.*, 2014). Precisamente por la importancia de recoger las experiencias de las propias mujeres indígenas se ha señalado que resulta valioso considerar la herramienta de interseccionalidad para la elaboración de políticas públicas que precisamente respondan a las realidades que estas enfrentan diariamente (Suerio, 2021)

De conformidad con lo anterior, en el siguiente acápite se hará alusión a las disposiciones específicas relacionadas con las mujeres indígenas, sin referirnos a las disposiciones vinculadas con los derechos de las mujeres en general.

2. Disposiciones específicas sobre la Mujer Indígena

En el capítulo anterior se hizo referencia a la normativa internacional más relevante en materia de derecho indígena[13], la cual, como se indicó

13 Entre estas: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976); Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976); Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (2000); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles,

oportunamente, es aplicable a las mujeres indígenas. No existen normas específicas que protejan a las mujeres indígenas en el Sistema Interamericano, no obstante, hay una declaración de Naciones Unidas que las menciona en forma específica: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP).

El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU (WGIP), trabajó durante más de una década en la elaboración de ese documento, producto de lo cual las mujeres indígenas fueron mencionadas, por primera vez, en el informe anual de su noveno período de sesiones, en 1991 (Organización de las Naciones Unidas, 1991, párrafo 59). Tras años de negociaciones, la Declaración fue finalmente adoptada en 2007.

La referida declaración contiene dos disposiciones que aluden específicamente a las mujeres indígenas:

> Artículo 21.
> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.
> 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.
>
> Artículo 22.
> 1. En la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.
> 2. Los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Inhumanos o Degradantes (1987); Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2006) Convención sobre los Derechos del Niño (1990); Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1991); Convenio 107 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (1959); Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

Por otra parte, puede decirse que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) es el instrumento que adquiere mayor relevancia en la defensa de los derechos humanos de las mujeres indígenas y aunque no contiene ninguna referencia directa a éstas, sí incluye una disposición referente a la "mujer rural" en el artículo 14.1, que les resulta plenamente aplicable.

La norma señala:

> Artículo 14.
> 1. Los Estados Parte tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.
> 2. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:
> a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;
> b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;
> c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;
> d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;
> e) Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;
> f) Participar en todas las actividades comunitarias;
> g) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;
> h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Desde luego que no todas las mujeres indígenas son "mujeres rurales", ni viven en zonas rurales, y puede decirse que existe un fenómeno global de migración de mujeres indígenas a zonas urbanas (Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos ONU-HABITAT, 2010). No obstante, la mayoría de las mujeres indígenas aún se encuen-

tran en zonas rurales, y también es ahí donde son más prominentes los conflictos por las tierras y los recursos que las afectan de maneras específicas.

Las mujeres rurales también han sido mencionadas en las recomendaciones generales del Comité. Por ejemplo, el Comité ha pedido a los Estados que presten especial atención a las mujeres rurales que trabajen en empresas familiares sin ser remuneradas, sin seguridad social y sin beneficios sociales (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1991), y que se aseguren de que las mujeres rurales que sean víctimas de violencia tienen los servicios pertinentes a su disposición (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992). La situación de las mujeres de edad en las zonas rurales también ha sido resaltada, señalando sus dificultades para acceder a los servicios, incluida el agua, los alimentos y la vivienda (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2010).

El Comité también ha adoptado una Recomendación General (No. 24) referente al artículo 12 (sobre la mujer y la salud) según la cual los Estados parte "deben tomar medidas para facilitar el acceso físico y económico a los recursos productivos, en especial en el caso de las mujeres de las regiones rurales, y garantizar de otra manera que se satisfagan las necesidades nutricionales especiales de todas las mujeres bajo su jurisdicción" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1999: párrafo 7). Estas disposiciones podrían resultar útiles para resaltar las inquietudes de las mujeres indígenas en relación con la minería y otras actividades de extracción de recursos.

En lo que respecta a la tierra y la propiedad, la Convención sobre la Mujer exige que los Estados aseguren el derecho de las mujeres a recibir el mismo tratamiento en reformas agrarias (artículo 14.2 g]) y los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad (artículo 16.2 h]). En el caso de las mujeres indígenas, se podría entender que el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, protegido en el artículo 14.2 h), incluye la protección de los derechos sobre los recursos naturales. El Comité ha prestado atención a la importancia de los recursos naturales y el medio ambiente para las mujeres. En 2002 hizo pública una decisión sobre el género y el desarrollo sostenible y, en 2010, una declaración sobre el género y el cambio climático, en las que hace referencia específicamente a las mujeres indígenas[14].

14 Decisión sobre el género y el desarrollo sostenible (2002): 429. Convencido de que el desarrollo sostenible no puede lograrse sin la determinación de lograr

La Recomendación General No. 24 es la primera recomendación en que el Comité hace referencia explícitamente a las mujeres indígenas o autóctonas, al señalar:

---

la plena realización de los derechos humanos de las mujeres y sin garantizar la participación de la mujer y el hombre en pie de igualdad en la ejecución del programa para el desarrollo sostenible, el Comité recomienda que: a) Se considere que la mujer es parte interesada que puede hacer una importante contribución al desarrollo sostenible. Hay que considerar que la potenciación del papel de la mujer a todos los niveles, en funciones de liderazgo y de adopción de decisiones en el gobierno y como miembro responsable de la sociedad civil, es imprescindible para el desarrollo sostenible; h) Se establezcan sistemas de ordenación sostenible de los bosques, a fin de tener en cuenta los intereses de la mujer de las zonas rurales, reconociendo, en particular, su derecho a la tierra; i) Se facilite un mayor acceso al agua potable y a servicios de saneamiento adecuados; j) Se asigne prioridad a la elaboración de planes de acción y medidas encaminadas a hacer frente al cambio climático, a la contaminación y a sus consecuencias negativas, en particular para la salud de la mujer y el niño […] (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2002: párrafos 422-429).

Declaración sobre el género y el cambio climático (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2010): 1. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresa su preocupación por la falta de una perspectiva de género en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y otras iniciativas y políticas mundiales y nacionales sobre el cambio climático. Del examen por el Comité de los informes de los Estados parte, resulta evidente que el cambio climático no afecta a mujeres y hombres de la misma forma y que tiene un efecto diferente entre los géneros. Sin embargo, las mujeres no son sólo víctimas impotentes del cambio climático. Son poderosos agentes del cambio y su liderazgo es crítico. Todos los interesados deben asegurar que las medidas relativas al cambio climático y la reducción de los riesgos de desastres tengan en cuenta las cuestiones de género, sean sensibles a los sistemas de conocimientos indígenas y respeten los derechos humanos. El derecho de la mujer a participar en todos los niveles de la adopción de decisiones debe estar garantizado en las políticas y los programas sobre el cambio climático

2. Las mujeres son las principales productoras de los cultivos esenciales del mundo, pero hacer frente a múltiples tipos de discriminación, como la falta de acceso equitativo a la tierra, el crédito y la información. Las mujeres pobres de zonas urbanas y rurales que viven en zonas costeras y bajas densamente pobladas, en tierras de secano, en zonas de alta montaña y en pequeñas islas, están particularmente expuestas a riesgos. Motivo de especial preocupación son los grupos vulnerables como las mujeres de edad y con discapacidades, los grupos minoritarios como las mujeres indígenas, los pastores, los nómadas y los cazadores y recogedores de cosechas.

> Si bien las diferencias biológicas entre mujeres y hombres pueden causar diferencias en el estado de salud, hay factores sociales que determinan el estado de salud de las mujeres y los hombres, y que pueden variar entre las propias mujeres. Por ello, debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1999: párrafo 6).

En 2010 se adoptó la Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad, que reconocía el desproporcionado grado de discriminación que experimentan las mujeres indígenas de edad. La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, analfabetismo y otras circunstancias. Las mujeres de edad que pertenecen a grupos minoritarios, étnicos o indígenas, o son desplazadas internas o apátridas, suelen ser víctimas de discriminación en un grado desproporcionado (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2010, párrafo 13).

Por último, en la Recomendación General No. 28 sobre las obligaciones fundamentales de los Estados parte en virtud del artículo 2, el Comité recomendó a los Estados parte que reconocieran y prohibieran en sus instrumentos jurídicos formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2010). Estas decisiones y declaraciones son relevantes en la tutela de los derechos de las mujeres indígenas.

Por otra parte, además de las medidas ya referidas en el capítulo anterior, el Protocolo de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables desarrollado por el Poder Judicial contempla un conjunto de precisiones relevantes en materia de mujeres víctimas de violencia de género. Así por ejemplo se establece la necesidad de evitar la revictimización, se alude a los conceptos de interseccionalidad, de perspectiva de género y de discriminación múltiple, entendida esta última como producida por factores como la pertenencia a un pueblo indígena, la condición de migrante, de refugiada, desplazada, privada de libertad, entre otras. Por último, junto con hacerse mención de los tratados y resoluciones

pertinentes en la materia, se hace referencia al modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, emitido por la Comisión Permanente de Género y Justicia de la Cumbre Judicial y Iberoamericana (2014) y a la jurisprudencia de la Corte IDH, en particular a los casos González y otras Vs. México (Campo algodonero), caso Rosendo Cantú y otra Vs. México y Atala Riffo y niñas contra Chile.

3. Órganos de Naciones Unidas relacionados con los derechos de la Mujer Indígena

Es importante conocer la lista de órganos de Naciones Unidas, que se refieren a los derechos de la mujer y/o específicamente a la temática de la mujer indígena, en particular aquellos encargados de supervisar la implementación de los tratados. Entre estos cabe resaltar los siguientes.

4. Órganos basados en Tratados

4.1. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por los Estados Parte. Dentro de los esfuerzos que se realizan para integrar los derechos humanos de la mujer en las convenciones y procedimientos de derechos humanos de la ONU, el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que están encargados de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial respectivamente, han adoptado comentarios y recomendaciones generales que atañen a la mujer y que hacen referencia a las mujeres y las niñas indígenas.

Esas recomendaciones y comentarios se pueden utilizar para resaltar las inquietudes de las mujeres y niñas indígenas en cuanto a sus derechos humanos. Entre las recomendaciones dignas de destacar, aplicables a mujeres indígenas, es relevante tomar en consideración la Recomendación general No. 25 sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2000).

Más adelante nos referiremos en detalle a otras recomendaciones relevantes del Comité en materia de mujeres indígenas.

4.1.1. Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados Parte. La labor del Comité promueve el disfrute de derechos civiles y políticos, resultando en numerosos cambios en la legislación, políticas y prácticas. De relevancia para la temática de la mujer indígena, es importante tomar en cuenta la Observación General No. 28, relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (Comité de Derechos Humanos, 2000).

4.2. Otros órganos relacionados con los derechos de la Mujer Indígena

4.2.1. ONU-Mujeres

Sus funciones principales son:

- Apoyar a los órganos intergubernamentales, como la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, a formular sus políticas, normas globales y reglas.
- Ayudar a los Estados miembros a poner en práctica sus normas, estando preparado para proporcionar la ayuda técnica y financiera adecuada a los países que la soliciten, y a forjar asociaciones eficaces con la sociedad civil.
- Pedir cuentas al sistema de la ONU de sus propios compromisos relacionados con la igualdad de género y supervisando con regularidad el progreso de todo el sistema.

4.2.2. La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer

Establecida en 1946, tiene como mandato el de hacer recomendaciones e informar al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU sobre los derechos de la mujer. Desde la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en 1995, su mandato ha sido ampliado a fin de incluir un proceso de seguimiento de la Conferencia en su programa, y examinar las áreas críticas de preocupación formuladas en la Plataforma de Acción de Beijing.

Uno de los temas considerados por la Comisión en el 2001, fue la discriminación por género y la discriminación racial. En este marco, el Comité se pronunció específicamente sobre el racismo experimentado por

las mujeres indígenas. Por ejemplo, durante la reunión de expertos se señaló que en partes del mundo en desarrollo la mayoría de la población femenina sufría discriminación racial y étnica y de que también debía tenerse en cuenta la situación de las mujeres y niñas indígenas y de las pertenecientes a minorías nacionales y étnicas tradicionales. Señaló que debía procurarse especialmente considerar a estas mujeres no como víctimas, sino como agentes en los esfuerzos por combatir el racismo, y que, en particular, era necesario informar a las mujeres migrantes e indígenas acerca de sus derechos para que pudieran obtener reparación si eran víctimas de alguna forma de discriminación en la vida pública o privada (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 2001).

En marzo de 2012, la Comisión adoptó una resolución centrada específicamente en las mujeres indígenas, titulada: "Las mujeres indígenas: agentes claves en la erradicación de la pobreza y el hambre" (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 2012).

4.2.3. El Relator(a) Especial sobre la Violencia contra la Mujer

Tras la adopción de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de la ONU en 1993, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas nombró a un Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias en 1994 (Resolución 1994/45). El mandato del Relator(a) Especial consiste en:

- Solicitar y recibir información sobre casos de violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, de los Gobiernos, órganos de tratados, agencias especializadas, otros relatores especiales responsables de distintas cuestiones de derechos humanos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, incluidas las organizaciones de mujeres. Además, responder de manera efectiva ante dicha información.
- Recomendar medidas, formas y medios, a nivel nacional, regional e internacional, para eliminar la violencia contra la mujer y sus causas, y para remediar sus consecuencias.

4.2.4. El Relator(a) Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En 2001 se nombró un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas

(Comisión de Derechos Humanos, 2001), con un amplio mandato que incluye:

- Fomento de las mejores prácticas: Formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.
- Comunicaciones: Recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los propios indígenas, sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

4.2.5. El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

La ONU estableció el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en el año 2000, como un órgano de alto nivel que coordina las cuestiones indígenas a través de todo el sistema de la ONU y actúa como órgano asesor del Consejo Económico y Social.

Su mandato comprende las siguientes responsabilidades:

- Prestar asesoramiento especializado y formular recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo Económico y Social, así como a los programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas.
- Difundir las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promover su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas.
- Preparar y difundir información sobre las cuestiones indígenas.

El Foro Permanente es el único órgano cuyos miembros son elegidos (parcialmente) por personas que no representan a gobiernos. De los 16 expertos que trabajan en el Foro, ocho son nominados por gobiernos y ocho por organizaciones indígenas.

El Foro Permanente se reúne anualmente en el mes de mayo en la sede de la ONU en Nueva York. En él, las mujeres indígenas están adecuadamente representadas y, como se ha mencionado en la introducción, el Foro les ha dedicado mucha atención.

El Foro Internacional de Mujeres Indígenas (FIMI) ha recopilado un análisis de sus recomendaciones referentes a las mujeres indígenas.

En 2004 se estableció el Grupo de Tareas sobre las mujeres indígenas, presidido por el Foro Permanente, cuya finalidad es fortalecer la inte-

gración las cuestiones de género relacionadas con las mujeres indígenas en el sistema de las Naciones Unidas.

Entre sus tareas se incluye identificar y diseminar las buenas prácticas, realizar un seguimiento de recomendaciones concretas del Foro Permanente y crear instrumentos prácticos como listas de comprobación para asegurarse de que las cuestiones relacionadas con las mujeres indígenas están integradas en el sistema de las Naciones Unidas, examinando instrumentos existentes de formación en temas de género y, cuando sea necesario, subsanando deficiencias relacionadas con las mujeres indígenas.

4.2.6. El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (EMRIP por sus siglas en inglés) fue establecido para asesorar, como órgano experto, al Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Ha publicado estudios en la temática: uno sobre el derecho de los pueblos indígenas a la educación y otro sobre el derecho a participar en la toma de decisiones.

El EMRIP ha hecho referencia a la situación de las mujeres indígenas en ambos estudios. Por ejemplo, en su segundo informe sobre el derecho a participar en la toma de decisiones, el EMRIP reconoció los "excepcionales impedimentos" con los que se encuentran las mujeres indígenas para participar en la toma de decisiones, y aconsejó a los Estados que diseñaran estrategias apropiadas para aumentar dicha participación (Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2011: párrafo 32).

b) Perspectiva de género, derechos de las mujeres y cosmovisión indígena

Se trata de conceptos que es necesario deslindar para luego comprender cómo se relacionan recíprocamente. Como punto de partida, diremos que la protección y desarrollo de los derechos de las mujeres indígenas supone interpretarlos conforme a su cosmovisión y utilizando también una perspectiva de género.

Cuando los operadores de justicia se enfrentan a la tarea de interpretar los derechos humanos, surge la interrogante sobre qué tipo de

razonamiento deberían emplear. Básicamente hay dos opciones, una de carácter formal, preocupada más de la norma y de su literalidad que de los hechos; y otra de tipo teleológico, en cuya virtud el juez toma en cuenta el contexto en que se desarrolla el conflicto que se le presenta.

Para efectos de explicar qué tipo de interpretación resulta más adecuada, haremos un breve preámbulo para referirnos al enfoque de capacidades, que es una teoría parcial de la justicia social que permite efectuar una mejor interpretación de la igualdad en relación a los grupos que se encuentran en una situación de desigualdad estructural[15], como precisamente ocurre en el caso de los pueblos indígenas.

1. Teoría de las capacidades: hacia una interpretación contextual

La teoría de las capacidades fue desarrollada por el economista y filósofo indio Amartya Sen y ha sido ampliada por Nussbaum, Anderson, De Schalit y Wolff, entre otros filósofos políticos. Esta teoría propone un marco ético para evaluar el bienestar individual y la justicia social, enfocándose en lo que las personas son capaces de hacer y ser, en lugar de solo en sus ingresos o recursos. En este sentido, se distingue por una parte entre "funcionamientos" y "capacidades". Los primeros son "haceres y modos de ser", esto es, diversos tipos de actividades y modos de ser que una persona puede desplegar, tal como estar bien nutrida, casarse, educarse y viajar, en tanto las capacidades son las oportunidades reales o sustantivas que las personas tienen para lograr tales haceres y modos de ser" (Robeyns, 2016).

Esta teoría de la justicia es de tipo no ideal. La diferencia entre una teoría de la justicia ideal y una no ideal radica en la clase de interrogante que esta se formula. Los teóricos idealistas se preguntan acerca de cuál es la verdadera noción o idea de la justicia, en cambio, los teóricos no idealistas inquieren sobre la mejor noción de justicia que podamos alcanzar, dadas las circunstancias. En consecuencia, una teoría ideal busca los mejores arreglos institucionales. Dicha clase de teoría versa sobre un ideal, una meta a alcanzar. La teoría no ideal apunta más bien al progreso en la vida real, se propone indagar acerca de cómo podemos

15 Las ideas que acá se plasman en torno a la teoría de las capacidades y al principio de igualdad se basan en el desarrollo más amplio que al efecto se hizo en el libro "Mujeres privadas de libertad y el enfoque de capacidades". (Pérez Goldberg, 2021).

mejorar nuestras instituciones y hacerlas aún más justas. (Pérez Goldberg, 2021:75)

Sen argumenta que el desarrollo debe ser visto como un proceso de expansión de las libertades reales que disfrutan los individuos para llevar a cabo la vida que valoran. En lugar de concentrarse únicamente en métricas económicas, como el Producto Interno Bruto (PIB), enfatiza la importancia de evaluar el bienestar en términos de capacidad de una persona para realizar actividades fundamentales como las descritas. Esta teoría ha sido fundamental para el desarrollo del Índice de Desarrollo Humano (IDH), utilizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para evaluar y comparar el nivel de desarrollo de los países.

Nussbaum (2011), por su parte, sugiere que la autonomía y la dignidad que están en la base de los derechos humanos, requieren lo que puede ser denominado como una condición de agencia: la capacidad de deliberar un plan de vida y la disposición de los recursos personales y las destrezas para perseguirlo. La idea subyacente a los derechos humanos es que todos los seres humanos son autónomos y que el deber del Estado es permitir que esa autonomía se actualice. Ello requiere no solo impedir la injerencia coactiva en el ámbito de las propias decisiones (como lo reclaman los derechos civiles y políticos), sino también contar con el acceso a bienes primarios que permitan el despliegue de los funcionamientos deseados, esto es, derechos sociales, económicos y culturales. Por ende, la teoría de las capacidades establece deberes positivos generales para el Estado que los jueces deben tener en cuenta a la hora de interpretar la ley.

Para Anderson (1999), esta teoría se basa en una idea de igualdad democrática, en el sentido de que es una igualdad relacional, puesto que los arreglos institucionales deben permitir que las personas se vinculen unas con otras como agentes morales, al margen de estructuras de dominación u opresión. Las diferencias de talentos, de inteligencia, o de belleza no son un asunto de justicia. Sí son materia de la justicia los arreglos institucionales que se hagan para lidiar con estas diferencias. En esa línea, para la autora, la teoría de las capacidades desarrollada por Sen es una teoría de la justicia acorde al concepto de igualdad democrática. Lo que una sociedad democrática debiera hacer es garantizar a las personas la posibilidad de desplegar esas capacidades (entendidas como libertades o derechos).

Conforme a este prisma y en lo que concierne a la interpretación judicial, para Nussbaum, adoptar el enfoque de capacidades supone poder

imaginar en detalle, cómo circunstancias de muy variados tipos influyen en las habilidades de los seres humanos para elegir y actuar (Nussbaum, 2007:25). Es por eso que plantea que los jueces deberían preguntarse qué es lo que son las personas capaces de ser y hacer, considerando el conjunto de las circunstancias en que están inmersas, es decir, su contexto material, social y político.

Para Aristóteles, el buen juez y el buen político se caracterizan por una *comprensión perceptiva*, la que no podía ser derivada de la regla abstracta y general, sino que debía considerar las particularidades del caso concreto. En efecto, refiriéndose a la naturaleza correctiva de la equidad, dice Aristóteles que: "[…] hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar qué hay algún error. Y no es por eso menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa […] Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido" (1137b:157).

En las antípodas de esta visión, se ubicaría un razonamiento de tipo formalista (*lofty formalism*, Nussbaum, 2007:26)[16], conforme al cual los jueces deberían tomar distancia de los hechos en aras de la "neutralidad" y para evitar posibles "sesgos". Este formalismo se expresaría en el recurso a principios abstractos o bien a los términos literales de las normas, con exclusión de los elementos contextuales ya señalados.

En síntesis, la clase de razonamiento que esta teoría recomienda es uno de tipo práctico, realista, histórica e imaginativamente informado, que se enfoca en las reales habilidades de las personas para elegir actuar en sus contextos específicos (Nussbaum, 2007:8). Esto es particularmente importante para entender, por ejemplo, de qué forma incide la pertenencia a un grupo desaventajado en el modo en que una persona puede (o no) ejercer sus libertades sustanciales. Para lograr este objetivo, la principal sugerencia que hace Nussbaum es que los jueces

16 Esta expresión podría ser traducida como "formalismo obtuso", en el sentido de que toma distancia del contexto en que se sitúa el conflicto, permaneciendo al nivel "elevado" de los principios y/o normas.

piensen en los derechos como capacidades (oportunidades), preguntándose: ¿son las personas realmente capaces de disfrutar de este derecho, o existen impedimentos sutiles que se interponen entre ellas y el completo o igualitario acceso al derecho? (Nussbaum, 2007:58). En esta línea, resulta interesante constatar que entre los propios jueces, hay quienes reflexionan sobre la posible aplicación de la teoría de las capacidades como guía interpretativa (Wood, 2010).

2. La cosmovisión indígena y la perspectiva de género: herramientas para comprender e interpretar

Ahora bien, como examinábamos en el Capítulo I, los derechos humanos son universales, siendo inherentes a todas las personas, con base en la dignidad intrínseca de cada una de ellas. Sin embargo, también se admite la diversidad cultural y la especificidad de ciertos grupos, como los pueblos indígenas, quienes pueden reclamar derechos que reflejan su condición única. Este reconocimiento de particularidades no contradice el principio de universalidad, sino que lo complementa, permitiendo una interpretación de los derechos humanos que respeta las diferencias culturales y las cosmovisiones específicas. En consecuencia, la cosmovisión indígena, que ofrece una perspectiva sobre el mundo y la vida, se ha convertido en un punto de referencia importante para interpretar y aplicar los derechos humanos, reconociendo la pluralidad cultural y la necesidad de adaptar las obligaciones de derechos humanos a contextos determinados.

Por su parte, tal como se señala en la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial (2018), la perspectiva de género se define como un enfoque analítico que busca comprender las relaciones de poder, las desigualdades y las diferencias entre hombres y mujeres en la sociedad. Este prisma reconoce que las identidades de género son construcciones sociales que determinan roles, comportamientos y oportunidades de manera diferenciada para hombres y mujeres. Al incorporar esta perspectiva, se busca visibilizar y cuestionar las normas, estereotipos y estructuras que perpetúan la desigualdad y la discriminación basadas en el género, promoviendo la igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas, independientemente de su identidad de género (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2018:58-59).

Tratándose de construcciones sociales, huelga decir que éstas van evolucionando de la mano del desarrollo de la sociedad respectiva, co-

mo ha ocurrido con el acceso de las mujeres a la educación, al voto, a los métodos de anticoncepción, entre otros ámbitos. Muchas de las barreras que históricamente han enfrentado las mujeres para el goce de sus derechos, han descansado en la idea subyacente de la mujer como un ser destinado naturalmente al espacio privado, al cuidado de la familia y de los hijos.

2.1. Interpretando los derechos de las mujeres indígenas

El desafío es entonces entender cómo es posible salvaguardar los derechos de las mujeres indígenas empleando conjuntamente ambos dispositivos hermenéuticos, esto es, la cosmovisión indígena y la perspectiva de género.

Un ejemplo práctico que permite evidenciar este desafío es el caso de la pastora aymara Gabriela Blas, quien extravió a su hijo de 3 años en el altiplano chileno, luego de lo cual fue condenada como responsable del deceso del niño, en dos juicios sucesivos. En el primer juicio, se le impuso una pena privativa de libertad de 10 años y un día de presidio menor en su grado medio. La sentencia recaída en dicho proceso fue anulada y se realizó un nuevo juicio en el que se le aplicó una pena de 12 años de presidio mayor en su grado medio. En ambos procesos penales el Ministerio Público acusó a Gabriela por el delito de abandono de menor en lugar solitario con resultado de muerte, sin tomar en cuenta en qué contexto se situaban las labores de pastoreo que realizaba la acusada acompañada de su hijo, las circunstancias en que se produjo la desaparición del niño, los antecedentes socioculturales de la acusada ni su pertenencia al pueblo aymara[17]. Tras permanecer tres años en prisión preventiva, el Presidente Piñera le concedió un indulto particular parcial[18], que permitió que ella pudiera recobrar su libertad, acogiéndose al indulto general aprobado posteriormente.

Cabe tener en cuenta que, durante el desarrollo del proceso penal en contra de Gabriela, se tramitó un procedimiento de susceptibilidad de adopción respecto de su hija, como resultado del cual ella perdió el derecho de ejercer su maternidad, incidiendo en esta decisión judicial

17 Para un análisis de los discursos enfrentados en el caso de Gabriela, en particular el tipo de saberes autorizados, la perspectiva de género, la discriminación interseccional y la legitimación de un modelo único de maternidad en las sentencias, véase Olivares Espinoza, 2019.

18 Decreto N° 313 (Indulto Presidencial) de 8 de mayo de 2012.

la circunstancia de haber sido formalizada y encontrarse en prisión preventiva por el delito de abandono de menores (Tribunal de Familia de Arica, 2008).

En el caso en comento, intervinieron un conjunto de funcionarios públicos de diversas instituciones que, confrontados a los hechos, pudieron haberlos interpretado de manera diversa. Había elementos contextuales que debieron haber sido considerados en la tramitación de las causas penales y de familia, y cuya ponderación —desde las perspectivas de la cosmovisión aymara y de género—, podrían haber determinado consecuencias jurídicas distintas para la pastora. Uno de esos elementos era, precisamente, la práctica ancestral de pastoreo que han realizado las mujeres del pueblo aymara acompañadas de sus hijos por generaciones.

Si se hubiese analizado tal cuestión desde la perspectiva de la cosmovisión indígena, ello probablemente habría incidido en la evaluación de la correspondencia de la conducta de Gabriela con el tipo penal de abandono de menores. Por otra parte, de haberse empleado en la valoración de los hechos una perspectiva de género acorde a la referida cosmovisión indígena, probablemente no se habría juzgado la conducta de Gabriela conforme a los parámetros genéricos socialmente aplicables a madres no pertenecientes al pueblo aymara.

En cuanto al indulto, si bien el decreto no alude a las circunstancias contextuales en que acaecieron los hechos (por no corresponder al Ejecutivo efectuar una nueva valoración de lo ya decidido por las autoridades judiciales), sí fundamenta la reducción de la condena en la existencia de factores de desventaja estructural de carácter sociocultural y biográfico que justificaban tal minoración de la pena. En síntesis, para la adecuada interpretación de los derechos de las mujeres indígenas los operadores de justicia deben emplear lo que Nussbaum denomina *comprensión perceptiva*, esto es, deben encontrarse atentos a las circunstancias contextuales en las que se inscribe la conducta analizada, lo que implica considerar, tanto la respectiva cosmovisión indígena como también una perspectiva de género.

Este caso concluyó en virtud de un acuerdo de solución amistosa luego de que Gabriela presentara su caso ante la CIDH. Dicho acuerdo incluyó el reconocimiento público de la responsabilidad del Estado chileno en un acto celebrado en enero de 2018, donde se disculpó por las violaciones a los derechos humanos cometidas por sus agentes. Este acuerdo contempló medidas reparadoras para Gabriela Blas, entre ellas la eliminación de sus antecedentes penales, el acceso a una vivienda definitiva en Arica, y la implementación de programas de capacita-

ción sobre derechos humanos de mujeres indígenas y acceso a la justicia para funcionarios del Estado. Estas medidas buscaban no solo reparar el daño provocado a Blas, sino también prevenir que hechos similares ocurran en el futuro.

Este caso concluyó en virtud de un acuerdo de solución amistosa luego de que Gabriela presentara su caso ante la CIDH. Dicho acuerdo incluyó el reconocimiento público de la responsabilidad del Estado chileno en un acto celebrado en enero de 2018, donde se disculpó por las violaciones a los derechos humanos cometidas por sus agentes. Este acuerdo contempló medidas reparadoras para Gabriela Blas, entre ellas la eliminación de sus antecedentes penales, el acceso a una vivienda definitiva en Arica, y la implementación de programas de capacitación sobre derechos humanos de mujeres indígenas y acceso a la justicia para funcionarios del Estado. Estas medidas buscaban no solo reparar el daño provocado a Blas, sino también prevenir que hechos similares ocurran en el futuro.

c) Discriminación estructural y violencia: Manifestaciones de violencia contra las mujeres indígenas

1. Algunas reflexiones en torno a la interpretación de la igualdad

El análisis de la igualdad y de las implicancias de su déficit es un tema que excede con mucho el marco de este trabajo, sin embargo, resulta conveniente introducir algunas breves reflexiones sobre la materia. En la actualidad, es posible distinguir dos interpretaciones principales del principio: igualdad formal (débil) e igualdad material o estructural (robusta).

Saba explica que la primera interpretación "asocia la igualdad con no arbitrariedad (igualdad como no discriminación)" y la segunda "la entiende como contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación (igualdad como no sometimiento)". Añade que la idea de igualdad como no discriminación "responde al ideal clásico de igualdad de trato, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicio por parte del Estado". Sin embargo, "esta perspectiva acerca de la igualdad parece desatender aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a las que están sometidos algunos grupos de la sociedad. El primer enfoque nos protege del capricho y de

la irrazonabilidad, el otro pretende revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación" (Saba, 2016:79). Ambas versiones o interpretaciones de la igualdad no siempre deben percibirse como opuestas (Saba, 2016:57-58), sino más bien como complementarias (Saba, 2016:79).

En consecuencia, la segunda noción resulta ser más abarcadora e integral, pues analiza la situación contextual del individuo, considerando que este forma parte de un grupo más amplio, que históricamente ha estado sujeto a una posición subordinada y, por tanto, excluida. Es por ello que Saba señala que "el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una misma comunidad" (Saba, 2016: 30-31). En consecuencia, las medidas que se adopten en nombre de la igualdad deberán estar orientadas a desmantelar esa desventaja estructural, evitando la perpetuación de grupos sometidos dentro una sociedad.

En síntesis, para ampliar el alcance de la igualdad, Fiss propone la introducción de un principio intermedio, el de "grupo desaventajado". Los elementos que confluyen para calificar a un conjunto de personas como grupo son los siguientes: se trata de "una entidad […] esto significa que el grupo tiene una existencia distinta, independiente de la de sus miembros, y también que tiene una identidad […]. También hay una condición de interdependencia. La identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo están vinculadas. Los miembros del grupo se identifican a sí mismos —explican quiénes son— por referencia a su pertenencia al grupo; y su bienestar o estatus está en parte determinado por el bienestar o estatus del grupo" (Fiss, 1976:148)[19]. Saba añade una característica adicional que permitiría caracterizar a un grupo marginado, cual es "su falta de responsabilidad respecto de su propia situación precisamente por encontrarse en ella más allá de su voluntad" (Saba, 2016:61).

Por su parte, los instrumentos internacionales, tanto los que se puedan estimar de carácter "general" —tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)— como los que se puedan considerar pensados para la población femenina, como la Convención Interamericana para Prevenir,

19 La traducción es propia.

Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), así como los pronunciamientos judiciales basados en ellos, también han ido ampliando progresivamente la interpretación del principio de igualdad, desde una igualdad meramente formal a una material o estructural.

Adicionalmente, conviene tener presente que, desde una perspectiva doctrinaria, existe otra categorización o distinción que es posible hacer respecto de la igualdad: igualdad por equiparación y por diferenciación. La primera "opera cuando se considera que las diferencias fácticas que concurren, como, por ejemplo, la raza, el género o la orientación sexual, son irrelevantes y deben ser descartadas y la segunda funciona cuando se considera que las diferencias fácticas son relevantes y deben ser consideradas para atribuir determinadas consecuencias normativas" (Zúñiga *et al.*, 2007:16).

El que en la actualidad ya no se discuta únicamente sobre la base de un tratamiento idéntico a todos, sino uno que se adapte a cada realidad, sin duda ha permitido mejorar la comprensión de las situaciones de desventaja que afectan a distintos grupos vulnerables, entre ellos, las mujeres. En este punto, ilustrativa es la Recomendación General N° 25 de la CEDAW, en cuanto señala que "un enfoque jurídico o pragmático meramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva […] no es suficiente para garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y los hombres y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar dichas diferencias" (CEDAW, 2004: párrafo 8).

De todas formas, cabe señalar que —como todo desarrollo doctrinal en este ámbito— los conceptos no se encuentran definidos y tratados de forma explícita, sino que muchas veces están implícitos en la fundamentación que se desarrolla en la interpretación judicial. Así, por ejemplo, a propósito de la igualdad por equiparación —que se puede entender como la formulación clásica de la idea de igualdad como no discriminación— se ubica el caso Flor Freire vs. Ecuador (2016), conocido por la Corte IDH. En dicha sede, una persona homosexual alegó discriminación dentro de las Fuerzas Armadas y exigió que se le tratara de la misma manera que a sus compañeros, es decir, que la igualdad se tradujera en un trato equiparado.

En el mismo sentido, se pueden encontrar otros fallos, a saber, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso Goodwin vs. UK (2002)[20], y de la Corte IDH, los casos Perozo vs. Venezuela (2009)[21], Pueblos Indígenas Kuna de Madungandía y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014)[22], y Duque vs. Colombia (2016)[23]. Sin entrar en el detalle del relato de los hechos de cada caso, todos tienen en común la circunstancia de que los demandantes pedían que se les tratara de igual forma que al resto de las personas que se encontraban en la misma situación, pues no había ningún factor que los diferenciara, lo que se acerca a la idea de igualdad por equiparación.

Por otra parte, en cuanto a la igualdad por diferenciación, es relevante destacar el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), en el que la Corte IDH señaló expresamente que las reclusas deben ser tratadas, en ciertos aspectos, de manera diferenciada a la de los reclusos (Corte IDH, 2006, Serie C No. 160: párrafo 303), apuntando entonces a que la igualdad puede intentar alcanzarse por medio de un tratamiento diferenciado. En el mismo sentido, se encuentran los casos González y

20 El caso se refiere a una mujer transgénero que alega discriminación por tal condición, en particular proyectada a los ámbitos de trabajo, identidad y pensiones.

21 El caso versa acerca de limitaciones y hostigamiento a periodistas que buscan información determinada. Lo relevante a efectos del análisis, es que, dentro del grupo de periodistas involucrados, se encuentran mujeres, y a su respecto, la Corte señala expresamente que no toda afectación de derechos cuyas víctimas sean mujeres es constitutiva de violencia de género. Ello sirve para delimitar el concepto, especialmente en relación con la acción afirmativa.

22 El caso aborda el tratamiento del Estado a ciertos grupos indígenas, en particular en relación con su territorio. En cuanto a discriminación, se puede dividir el tema en dos partes: la discriminación negativa que sufrieron tales pueblos por no haberse respetado el acuerdo que tenían, y la falta de discriminación positiva de la que también son víctimas, por no existir un protocolo de tratamiento diferenciado al respecto.

23 La demanda es de una persona homosexual, que tras la muerte de su pareja, no puede acceder a ningún tipo de pensión por viudez, por lo que alega discriminación injustificada. Además de lo señalado, otro aspecto relevante de la sentencia es que la Corte insinúa el concepto de "interseccionalidad" en la discriminación, por confluir en el demandante varias condiciones de vulnerabilidad, a saber, su orientación sexual, la circunstancia de ser portador de VIH, y la precariedad de su situación económica.

otras ("Campo Algodonero") vs. México (2009)[24], Furlan y familiares vs. Argentina (2011)[25], Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (2012)[26], y Véliz Franco vs. Guatemala (2014)[27].

---

24 El caso se refiere al feminicidio de tres mujeres jóvenes en Ciudad Juárez, México, en el área conocida como Campo Algodonero. Las víctimas fueron secuestradas, violadas y asesinadas en 2001, y sus cuerpos fueron encontrados en un campo de algodón. La Corte declaró la responsabilidad internacional de México por no cumplir con su deber de prevenir, investigar y sancionar estos crímenes, así como por violar los derechos de las víctimas y sus familias a la justicia y a la protección judicial. La Corte destacó la necesidad de abordar la violencia contra las mujeres desde una perspectiva de género y reprochó al Estado su negligencia y falta de medidas adecuadas para prevenir dicha violencia, proteger a las víctimas y sancionar a los perpetradores. Este fallo es significativo porque establece un precedente en el derecho internacional en relación con la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres, investigar y sancionar a los responsables, y proporcionar reparaciones a las víctimas y sus familias. Además, resalta la importancia de combatir la discriminación de género y la impunidad que perpetúa la violencia contra las mujeres.

25 El caso trata acerca de un joven que sufre lesiones en un terreno gubernamental que no contaba con señalización ni restricciones de acceso. En particular, se analiza la demora en la resolución del conflicto, lo que causó al afectado problemas en su educación y otros, por no poder costearlos en el intertanto, puesto que fruto del accidente, Furlán quedó con afectaciones psicológicas y psiquiátricas. En ese contexto, se alude a conceptos cercanos a la discriminación positiva y acción afirmativa (Corte IDH, 2012, Serie C No. 246: párrafo 135), tales como "deber especial de protección" y "concepción positiva" de la igualdad y de la no discriminación (Corte IDH, 2012, Serie C No. 246: párrafo 266).

26 El caso versa acerca de la expulsión de inmigrantes indocumentados por la fuerza; los demandantes son, en su mayoría, de nacionalidad haitiana. Al respecto, se introducen los términos de "discriminación indirecta" (Corte IDH, 2012, Serie C No. 251: párrafo 235), relacionados con "discriminación positiva" (Corte IDH, 2012, Serie C No. 251: párrafo 236) y "acción afirmativa" (Corte IDH, 2012, Serie C No. 251: párrafo 235). La discriminación indirecta existiría en aquellos supuestos en que se aplica por igual una medida a la generalidad de personas que se encuentran en un mismo supuesto, pero dicha medida afecta de distinta manera a un grupo determinado por ciertas particularidades que presenta dicho grupo.

27 Trata el caso de la desaparición de una mujer en Guatemala, y la posterior investigación policial al respecto. La familia denuncia irregularidades en la investigación, y además, reprocha la circunstancia de no existir protocolos especiales para la investigación de mujeres desaparecidas, siendo patente la necesidad de discriminación positiva por parte del Estado ante ciertas circunstancias,

De igual manera que para el grupo de casos anteriores, lo que une a estas decisiones es la intención de los peticionarios de exigir un trato diferenciado del resto de las personas puestas en una posición igual o similar, por revestir su caso o persona ciertas particularidades que lo hacen merecedor de aquello, lo que se aviene a la idea de igualdad material o, siguiendo a Fiss, estructural. Sobre el particular, Saba plantea que si bien —en general— las interpretaciones de la Corte IDH, la CIDH y de la doctrina sintonizan con el principio de igualdad como no discriminación, en algunos casos, la Corte IDH y algunos tribunales nacionales "enfrentadas a casos de desigualdad estructural […] corrigen su posición de igualdad como no discriminación con ideas que parecen más cercanas a la noción de igualdad como no sometimiento" (Saba, 2016:71-72) como ocurre en el caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México cuando alude a la subordinación socialmente arraigada de las mujeres en tanto grupo.

Otro ejemplo de lo expresado es la sentencia dictada en el caso de Atala y niñas vs. Chile (2012), en que la Corte IDH sostiene que "[…] la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación" (Corte IDH, 2012, Serie C No. 239: párrafo 79).

2. Brecha de datos

Desde una perspectiva general, una dificultad que existe en la formulación de políticas públicas a nivel mundial es la circunstancia de que los datos necesarios para tomar decisiones muchas veces no están desagregados por género. Criado Pérez (2019) ha denominado a esta ausencia de información como *gender data gap* (brecha de datos de género), explicando que este término se refiere a la falta sistemática de datos representativos sobre las mujeres, lo que conduce a una comprensión y diseño

en particular, la violencia de género. En concreto, la Corte habla de "discriminación positiva" (Corte IDH, 2014, Serie C No. 277: párrafo 206) y "perspectiva de género" (Corte IDH, 2014, Serie C No. 277: párrafo 207), señalando que se deben tomar medidas especiales para grupos desfavorecidos.

del mundo que ignora las necesidades, comportamientos y experiencias específicas de las mujeres. Para la autora, esta ausencia de datos no es solo un vacío informativo, sino que tiene consecuencias reales y, a menudo, negativas para las mujeres en la sociedad. Tal brecha se manifiesta en múltiples ámbitos, desde el diseño de productos o la planificación del transporte público, hasta la investigación y tratamiento médicos, puesto que las normas y estándares se basan predominantemente en datos obtenidos de poblaciones masculinas, asumiendo erróneamente que lo que se aplica a los hombres automáticamente resulta idóneo para la población femenina.

Este vacío informativo es aún más patente tratándose de la documentación de la violencia contra mujeres indígenas. Así por ejemplo, en el marco de la investigación de la violencia contra mujeres indígenas en México y Canadá, se han puesto de relieve algunos desafíos en materia de recolección de datos en esta materia, los que resultan pertinentes en cuanto a la situación de las mujeres indígenas en general. Entre ellos cabe destacar:

1. Vulnerabilidad de las mujeres indígenas jóvenes: en cuanto estas enfrentan una mayor desprotección cuando están lejos de su red de apoyo familiar o comunitario por motivos de educación o empleo. Este desplazamiento contribuye a incrementar el riesgo de que experimenten violencia (Burnette, 2016).
2. Imaginarios nacionales que silencian a las mujeres indígenas: existen narrativas nacionales predominantes que silencian las voces y la agencia de las mujeres indígenas, particularmente cuando las encasillan en el rol de víctimas. (Ingram, 2016).
3. Desafíos metodológicos: muchas bases de datos y metodologías de investigación no se alinean con los contextos, percepciones, experiencias y conocimientos de las mujeres indígenas, lo que genera dificultades tanto para registrar como para comprender de manera precisa la violencia contra ellas. (Bryant *et al.*, 2021).
4. Identidad y visibilidad: la cuestión de la identidad juega un papel crucial en la visibilidad de la violencia contra las mujeres indígenas. En México, por ejemplo, la dependencia de informes de prensa locales y regionales, que a menudo recurren a narrativas sensacionalistas, no logra describir o reconocer adecuadamente las identidades de las mujeres indígenas, afectando así el proceso de documentación. (García *et al.*, 2021).

5. Políticas antiviolencia generalistas: este tipo de políticas suele no incorporar mecanismos preventivos que aborden la violencia colonial o estructural que experimentan las mujeres indígenas y/o no incorporan las recomendaciones de los pueblos indígenas. (Jiménez Estrada *et al.*, 2020).

Estos desafíos destacan la necesidad de un enfoque interseccional en la documentación y el abordaje de la violencia contra las mujeres indígenas que se base en el conocimiento y las experiencias de las propias mujeres y tenga en cuenta la violencia estructural que enfrentan. Reconocer que existen brechas de información a este respecto y emprender acciones para colmar este vacío de datos es crucial para avanzar hacia una sociedad más equitativa y diseñada de manera inclusiva para todos, independientemente del género y de la etnia.

3. Violencia contra mujeres indígenas

Las manifestaciones de violencia hacia las mujeres indígenas que evidencian la existencia de una discriminación estructural a su respecto abarcan diversas formas y contextos, reflejando una intersección de género, etnia y a menudo, clase social. Estas manifestaciones pueden incluir:

a) Violencia física y sexual: las mujeres indígenas enfrentan situaciones de violencia física y sexual, tanto dentro como fuera de sus comunidades. Estas agresiones son, a menudo, perpetradas no solo por miembros de la comunidad, sino también por actores externos, incluidos aquellos en posiciones de poder.
   Un estudio presentado por UNICEF, ONU Mujeres, UNFPA[28], la OIT y la Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños (2013) destaca que la violencia contra las niñas y mujeres indígenas permanece insuficientemente estudiada y oculta en la mayoría de los países, lo que ratifica lo expresado antes, en cuanto a que existe una brecha de datos que invisibiliza el fenómeno y ralentiza la adopción de mecanismos preventivos, represivos y restaurativos.
   Un caso paradigmático en materia de violencia sexual contra mujeres indígenas es el "Caso Lote Ocho". En 2007, las mujeres q'eqchi's de las localidades de Sepur Zarco y Lote Ocho en Guatemala sufrieron violaciones sexuales como una estrategia para poner fin

28 Fondo de Población de las Naciones Unidas.

a las luchas campesinas por la propiedad de la tierra. Las mujeres de Lote Ocho interpusieron una demanda ante el sistema judicial canadiense por las violaciones sexuales perpetradas por guardias de seguridad de la Compañía Guatemalteca del Níquel, subsidiaria de una multinacional minera canadiense. Este precedente histórico marcó un hito en la búsqueda de justicia por violencia sexual contra las mujeres indígenas. Cómo apuntan Bolaños y Suárez, el caso prosperó en el sistema canadiense en función del concepto de obligaciones extraterritoriales de los Estados en relación a los derechos humanos, conforme al cual el Estado tiene obligaciones con respecto a las vulneraciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales que están bajo su jurisdicción, incluyendo a compañías trasnacionales que operan fuera de su territorio (Bolaños y Suárez, 2020).

Por su parte, los casos Rosendo Cantú y otra vs. México y Fernández Ortega y otros Vs. México involucraron a dos mujeres indígenas Me'phaa, Valentina Rosendo e Inés Ortega. Ambas fueron víctimas de violaciones sexuales por parte de miembros del Ejército mexicano, y ambos casos se sitúan en el contexto de una presencia militar significativa en el Estado de Guerrero. Las sentencias de la Corte reflejan la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación de varios derechos humanos, incluyendo la integridad personal, la dignidad, la vida privada, las garantías judiciales y la protección judicial. En ambos asuntos, la Corte IDH enfatizó la importancia de llevar a cabo investigaciones adecuadas y efectivas para sancionar a los responsables, así como la necesidad de abordar los estereotipos de género y la discriminación étnica en el tratamiento de casos de violencia sexual y la implementación de políticas públicas para prevenir tales violaciones. Estos casos han tenido un impacto significativo en el sistema de justicia mexicano, impulsando cambios legislativos para asegurar que los casos de violaciones de derechos humanos cometidos por militares contra civiles sean juzgados en tribunales civiles, no militares.

b) Marginalización económica: la discriminación estructural se manifiesta en el acceso limitado a recursos económicos, educación y empleo. Las mujeres indígenas suelen encontrarse en situaciones de desventaja debido a la discriminación racial y de género, lo que limita sus oportunidades de desarrollo económico y su bienestar.

La situación de las mujeres indígenas en Chile refleja una compleja intersección de desafíos relacionados con la discriminación, la marginalización económica y las barreras en el acceso a la educación y al trabajo. Por eso se puede afirmar que sufren una triple discriminación: por ser mujeres, indígenas y pobres. Específicamente, y según el Informe de Desarrollo Social de 2015, las mujeres indígenas enfrentan mayores dificultades en comparación con otros grupos en términos de acceso a la educación y al empleo remunerado. Una proporción significativa de ellas se encuentra en situación de exclusión económica, con limitaciones en el acceso a oportunidades educativas y laborales. Estas limitaciones se reflejan en estadísticas que indican tasas más bajas de escolaridad y de participación en el mercado laboral, en comparación con otros grupos de la población. Además, el informe señala que las mujeres indígenas enfrentan barreras adicionales relacionadas con la discriminación, la falta de acceso a servicios básicos y la persistencia de estereotipos de género y étnicos que dificultan su plena integración social y económica (Ministerio de Desarrollo Social, 2015: 4 y 60).

Por su parte, la CONADI ha desarrollado un conjunto de estudios que arrojan luz sobre las características de esta exclusión económica. Así, por ejemplo, en el "Estudio diagnóstico mujeres indígenas macrozona norte", se indica que las mujeres indígenas enfrentan barreras y dificultades en el ámbito laboral, como la falta de educación y capacitación, así como la discriminación. Se destaca que la discriminación puede surgir tanto por la falta de educación como por ser una persona indígena. En cuanto a la exclusión económica, se destaca que las mujeres indígenas sienten que su trabajo no es valorado, especialmente en roles como artesanas y campesinas (CONADI, 2014:41). Además, se menciona que, a pesar de tener educación, a veces son discriminadas en el ámbito laboral, como en el caso de ser seleccionadas para un trabajo en comparación con personas no indígenas (CONADI, 2014:36).

En el Estudio de Caracterización de Mujeres indígenas (Zona Metropolitana e Isla de Pascua) se señala que las mujeres indígenas enfrentan dificultades económicas en varios aspectos relacionados con la educación y el empleo. En materia de acceso a la educación se destaca que las mujeres indígenas tienen demandas en cuanto al acceso a la educación superior, donde se evidencia una brecha significativa en comparación con las personas no in-

dígenas. A pesar de no haber brechas de género entre hombres y mujeres indígenas en el acceso a la educación en otros niveles, sí existe una diferencia marcada en el acceso a la educación superior (CONADI, 2016:200).

En cuanto a la inserción laboral, se precisa que las mujeres indígenas enfrentan una constante disminución de oportunidades laborales y una inestabilidad en los empleos. Además, se menciona que la ocupación y la inserción laboral en el sector urbano no considera la realidad de la población indígena que habita en zonas urbanas, lo que dificulta su participación en el mercado laboral (CONADI, 2016:207). El informe también consigna obstáculos para acceder a los mercados locales: las normas que exigen la formalización de la actividad comercial representan un obstáculo para las mujeres indígenas que no cuentan con la información ni los recursos necesarios para cumplir con dichas exigencias, lo que dificulta su participación en los circuitos del mercado formal (CONADI, 2016:207).

Por último, en el "Estudio Mujeres Indígenas Zona Austral" en materia de educación, se señala que la principal limitante para las mujeres indígenas en cuanto a la educación tiene que ver con la seguridad en sí mismas y en sus capacidades. Algunas mujeres expresan dudas sobre su capacidad para continuar estudiando (CONADI, 2015: 48 y 87). En cuanto al empleo, se destaca que las mujeres indígenas que han accedido a una mayor educación tienden a trabajar en servicios públicos y comunitarios, como municipios, carabineros y establecimientos educacionales. Sin embargo, se menciona que el principal problema que enfrentan las mujeres en el ámbito laboral es la falta de estudios formales. En cuanto al trabajo no remunerado, se mencionan actividades como los quehaceres domésticos, la artesanía, los huertos y el comercio menor. Se critica que, debido a su condición de habitantes de ciertas zonas, las mujeres no pueden acceder a programas dirigidos a campesinos, lo que limita sus oportunidades laborales (CONADI, 2015: 15 y 21).

c) Despojo de tierras y recursos: las mujeres indígenas sufren de manera desproporcionada el impacto del despojo de tierras y recursos naturales. La explotación de tierras por proyectos de desarrollo o extracción afecta directamente a sus medios de vida, sin que ellas tengan un rol significativo en la toma de decisiones. En este ámbito, es posible citar el caso de la lideresa indígena y am-

bientalista hondureña Berta Cáceres, quien fue asesinada en 2016 debido a su activismo contra la construcción de una represa hidroeléctrica en el territorio de la comunidad lenca en Honduras. Cáceres lideró la lucha en defensa del río Gualcarque, un sitio sagrado para el pueblo lenca y crucial para su sustento. Su asesinato atrajo la atención internacional sobre los peligros que enfrentan los defensores de la tierra y el medio ambiente en Honduras y en otras partes del mundo, así como la situación particularmente vulnerable de las mujeres indígenas que se oponen a proyectos que afectan sus territorios. El caso de Berta Cáceres fue conocido y sentenciado por el sistema judicial de Honduras. Tras su asesinato, en marzo de 2016, se inició una investigación que llevó a la condena de varias personas, incluyendo exmilitares y empleados vinculados a DESA, la empresa detrás del proyecto hidroeléctrico contra el que Cáceres había protestado.

d) Violencia institucional: la discriminación estructural también se evidencia en el trato que reciben las mujeres indígenas por parte de instituciones estatales, incluyendo el sistema judicial y las fuerzas de seguridad. La falta de acceso a la justicia y la impunidad en casos de violencia son problemas persistentes.

   El caso I.V. vs. Bolivia (2016) es una clara manifestación de violencia institucional por varias razones, todas las cuales ilustran cómo las prácticas y políticas de las instituciones estatales pueden infligir daño y violar los derechos de individuos, particularmente aquellos en posiciones vulnerables como las mujeres indígenas. Este caso se centra en la esterilización forzada de una mujer sin su consentimiento informado, lo que constituye una grave violación de sus derechos humanos. A continuación, se detallan los aspectos que lo caracterizan como violencia institucional:

   1. Violación de los derechos reproductivos: la esterilización forzada de I.V. sin su consentimiento pleno e informado es una violación directa de sus derechos reproductivos, que son fundamentales para la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo. Este acto refleja una forma de violencia obstétrica y violencia de género, perpetrada en un contexto institucional.
   2. Falta de consentimiento informado: la ausencia de consentimiento informado subraya la dinámica de poder desequilibrada entre I.V. y el personal médico, y por extensión, el Estado. El hecho de que se tomaran decisiones críticas sobre su salud

y su cuerpo sin su plena comprensión y acuerdo evidencia un desprecio institucional por la autonomía individual y el derecho a estar informado sobre procedimientos médicos.

3. Discriminación y vulnerabilidad de las mujeres indígenas: el caso también resalta la interseccionalidad de la discriminación, donde factores como el género, la etnia y la clase social de I.V. contribuyeron a su vulnerabilidad ante la violencia institucional. Las mujeres indígenas a menudo enfrentan barreras adicionales en el acceso a servicios de salud respetuosos y culturalmente adecuados, exacerbando su riesgo de ser víctimas de prácticas médicas coercitivas o no consensuadas.
4. Fallo del sistema judicial: la dificultad de I.V. para obtener justicia y reparación en el sistema judicial boliviano refleja otro nivel de violencia institucional. La inacción, los retrasos y la falta de recursos adecuados para investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos perpetúan la impunidad y envían un mensaje de tolerancia estatal hacia la violación de los derechos de las mujeres.
5. Responsabilidad estatal: la Corte IDH condenó al Estado boliviano por no proteger los derechos de I.V., subrayando la responsabilidad del Estado en prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos cometidas en un contexto institucional. Esto incluye asegurar que todas las personas bajo su jurisdicción puedan ejercer sus derechos sin discriminación y con pleno respeto a su autonomía y dignidad.

   El caso I.V. vs. Bolivia es emblemático de cómo las prácticas institucionales, junto con la falta de mecanismos efectivos de rendición de cuentas y protección de derechos, pueden resultar en violencia y discriminación contra las mujeres, especialmente aquellas pertenecientes a grupos étnicos vulnerables. Demuestra la necesidad de reformas institucionales profundas para garantizar el respeto a los derechos humanos y prevenir la violencia institucional.

e) Participación política limitada: las mujeres indígenas enfrentan barreras significativas para su participación plena y efectiva en espacios políticos y de toma de decisiones. Sin perjuicio de las medidas que han adoptado algunos Estados para promover la inclusión de mujeres indígenas en la política, como cuotas de género y representación étnica en cargos electos, queda mucho camino por

recorrer en materia de representación efectiva (Archenti y Tula: 2007).

Las manifestaciones referidas anteriormente no son exhaustivas, pero subrayan la complejidad de la discriminación estructural que enfrentan las mujeres indígenas, que requiere de un enfoque multidimensional para su comprensión y abordaje. La lucha contra esta discriminación implica reconocer y desmantelar las estructuras de poder que perpetúan la violencia y la marginalización de las mujeres indígenas en múltiples esferas de la sociedad.

d) Principales obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para tener acceso a la justicia

Las mujeres indígenas enfrentan múltiples obstáculos para acceder a la justicia, derivados tanto de su género como de su pertenencia étnica. Estos obstáculos están arraigados en la discriminación sistémica, las barreras culturales y lingüísticas, y la falta de representación y reconocimiento dentro de los sistemas legales. Entre los principales obstáculos que ellas enfrentan están los siguientes:

a) Discriminación interseccional: las mujeres indígenas a menudo experimentan formas de discriminación que se entrecruzan, incluyendo el género, la raza, la etnicidad y la clase socioeconómica, lo que afecta su capacidad para acceder a la justicia y recibir un trato justo y equitativo dentro del sistema judicial (Benítez *et al.*, 2022).

b) Barreras lingüísticas y culturales: muchas mujeres indígenas hablan idiomas indígenas como su primera lengua y pueden no hablar el idioma oficial o dominante de su país. Esto dificulta su capacidad para comunicarse efectivamente, entender sus derechos y participar efectivamente en los procesos judiciales. Además, las diferencias culturales pueden llevar a malentendidos y a la falta de respeto por las prácticas y concepciones indígenas de la justicia. Así, por ejemplo, en el caso de Gabriela Blas, las audiencias en garantía fueron formuladas en castellano sin un intérprete idóneo, lo que impidió que Gabriela comprendiera cabalmente los cargos en que se le estaban formulando y el desarrollo de la audiencia (Ruiz Tagle, 2015, 254).

c) Falta de acceso a información: la falta de información sobre sus derechos y los procedimientos judiciales es un obstáculo significativo. Muchas mujeres indígenas no tienen acceso fácil a recur-

sos que les expliquen sus derechos o cómo una buscar reparación activando la protección jurisdiccional (Akter, 2018).

d) Desconfianza en el sistema judicial: la desconfianza hacia las instituciones estatales y el sistema judicial, a menudo debido a experiencias históricas de discriminación y exclusión, puede disuadir a las mujeres indígenas de buscar justicia a través de canales oficiales (Opotow, 1990).
e) Costos económicos: los costos asociados con la búsqueda de justicia, incluidos los honorarios profesionales, el transporte y la pérdida de ingresos durante los procedimientos judiciales, pueden ser prohibitivos para muchas mujeres indígenas, que a menudo se encuentran entre los grupos más empobrecidos (Radcliffe, 2014).
f) Violencia y represalias: las mujeres indígenas que buscan justicia, especialmente en casos de violencia de género, tierras y derechos ambientales, pueden enfrentarse a violencia, intimidación y represalias, lo que pone en riesgo su seguridad y la de sus familias (Oliveira, 2020).
g) Falta de representación legal adecuada: la escasez de abogados que comprendan las necesidades específicas y el contexto cultural de las mujeres indígenas limita su capacidad para obtener representación legal efectiva (Burns *et al.*, 2019).
h) Normas y prácticas comunitarias: en algunas comunidades, las normas y prácticas culturales pueden priorizar la resolución de conflictos dentro de la comunidad sobre el recurso a sistemas judiciales externos. Esto puede, por ejemplo, limitar el acceso de las mujeres a la justicia en casos de violencia doméstica o violencia de género. También existen prácticas que pueden afectar o estar en contraposición con los derechos de las mujeres, como el matrimonio infantil y forzado, las normas comunitarias sobre herencia y propiedad, la existencia de castigos que perpetúen la violencia o discriminación de género, o bien normas comunitarias que excluyan o limiten el acceso de las mujeres a roles de liderazgo, afectando su derecho a la participación política (Mcgoldrick, 2007, Keleher y Franklin, 2008, Benítez *et al.*, 2022, Hernández, 2018).

Para abordar estos obstáculos, es crucial implementar medidas específicas que incluyan la provisión de servicios de interpretación y traducción, la capacitación de funcionarios judiciales en derechos indígenas y sensibilidad cultural, el fortalecimiento de los mecanismos de justicia comunitaria en consonancia con los derechos humanos y la promoción de la información y educación legal para las comunidades indígenas.

Además, es importante el desarrollo de políticas y programas destinados a asegurar la participación efectiva de las mujeres indígenas en los procesos judiciales.

e) Medidas para facilitar el acceso a la justicia a las mujeres indígenas

Como examinamos en el acápite anterior, en general, las mujeres indígenas enfrentan obstáculos significativos en el acceso a la justicia, con independencia de la naturaleza del procedimiento de que se trate y de la calidad jurídica en que participen. Algunas de estas dificultades se traducen en barreras lingüísticas, culturales, y un desconocimiento generalizado de sus derechos dentro de los marcos normativos existentes. La falta de sensibilidad cultural por parte de los operadores de justicia y la carencia de mecanismos adaptados para abordar sus necesidades específicas complican aún más su acceso a soluciones judiciales eficaces. Es por ende ineludible adoptar medidas concretas para mejorar su acceso a la justicia, mediante el reconocimiento de sus contextos culturales, a fin de promover su plena participación en los procesos judiciales.

Estas medidas deben ser diseñadas e implementadas teniendo en cuenta la interseccionalidad de la discriminación de género, etnia y pobreza. A continuación, se detallan algunas estrategias clave:

a) Servicios de interpretación y traducción: proporcionar servicios gratuitos de interpretación y traducción en los idiomas indígenas para asegurar que las mujeres puedan comprender y participar plenamente en los procedimientos judiciales. Un ejemplo de inadecuación en este sentido es lo sucedido en el caso de Gabriela Blas quien hablaba una variante del quechua y que no contó con esta asistencia durante el procedimiento en su integridad (Blasco y Triviño, 2015; Fávila-Alcalá, 2020).
b) Uso de un lenguaje accesible: emplear un lenguaje claro y accesible, evitando jergas legales que puedan ser difíciles de comprender para personas sin formación jurídica (Lauría, 2019).
c) Escucha activa y respetuosa: asegurar que las mujeres indígenas sean escuchadas en los procesos judiciales, respetando sus testimonios y perspectivas (Sparano, 2021).
d) Formación en sensibilidad cultural para profesionales de la justicia: capacitar a los operadores de justicia en sensibilidad cultural y de género, derechos de los pueblos indígenas, y las problemáticas específicas que enfrentan las mujeres indígenas, con especial

énfasis en el fenómeno de interseccionalidad de la discriminación (Jian-Ping y Lepeyko, 2023).

e) Utilización de peritajes antropológicos: los informes de expertos se han convertido en una herramienta importante para entender mejor el contexto cultural de las mujeres indígenas y facilitar una interpretación más adecuada de sus acciones dentro del marco legal nacional (Mukhopadhyay, C., & Higgins, 1988; Bartels, 2010; Loperena: 2020).

f) Acceso a asesoramiento legal especializado: crear y promover servicios de asesoramiento y representación legal especializados y accesibles para mujeres indígenas, asegurando que estos servicios estén informados sobre cuestiones de género y cultura (Malone, 2000).

g) Mecanismos de denuncia accesibles y seguros: establecer mecanismos de denuncia que sean culturalmente adecuados y seguros para las mujeres indígenas, incluyendo la posibilidad de presentar denuncias en su propia lengua y en entornos que respeten su cultura (Williams, 1999).

h) Protección contra la revictimización y represalias: implementar medidas de protección para evitar la revictimización de las mujeres indígenas durante el proceso judicial y para protegerlas contra eventuales represalias en sus comunidades o por parte de los agresores (Mc Mahon, 2017).

i) Educación: desarrollar campañas de educación dirigidas tanto a las comunidades indígenas como a la sociedad en general, sobre los derechos de las mujeres indígenas y la importancia del acceso a la justicia (Aikman, 2011).

j) Investigación y recopilación de datos: realizar investigaciones y recopilar datos desagregados sobre el acceso a la justicia para las mujeres indígenas, para identificar barreras específicas y evaluar la efectividad de las medidas implementadas (Rodríguez y Fernando, 2020).

k) Participación de las mujeres indígenas: involucrar activamente a las mujeres indígenas en el diseño, implementación y evaluación de políticas y programas destinados a mejorar su acceso a la justicia, asegurando que sus voces y perspectivas sean centrales en este proceso (Huamán, 2022).

l) Cooperación internacional y regional: fomentar la cooperación y el intercambio de buenas prácticas a nivel internacional y regional

en lo que respecta al acceso a la justicia para las mujeres indígenas (Njiseassam, 2009).

Implementar estas medidas requiere un compromiso sostenido por parte de los gobiernos, el sistema judicial, las organizaciones de la sociedad civil y las propias comunidades indígenas. Solo a través de un enfoque colaborativo y respetuoso se puede garantizar que el derecho de acceso a la justicia se haga efectivo para todas las mujeres indígenas.

f) Jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos de las mujeres indígenas

En el ámbito del sistema universal de derechos humanos, destacan los estándares desarrollados por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), órgano encargado de supervisar la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Tal como se adelantó previamente, los derechos de las mujeres indígenas están respaldados tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos como por los Pactos Internacionales y tratados posteriores sobre Derechos Humanos. Estos documentos han incluido las categorías de "sexo" y "raza" para salvaguardar el derecho a la igualdad y prohibir la discriminación sin excepciones. A pesar de ello, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es el único instrumento internacional legalmente vinculante que específicamente protege los derechos de todas las mujeres, incluyendo aquellas de origen indígena.

En tal contexto, uno de los asuntos más significativos resueltos por la CEDAW mediante su sistema de comunicaciones individuales fue en 2012, en el denominado caso Kell c. Canadá. El asunto se vincula a la violación de los derechos de Cecilia Kell, una ciudadana canadiense y miembro de la comunidad indígena de Rae-Edzo en los territorios del noroeste de Canadá. En este caso se constató que fue despojada de su hogar por su esposo y víctima de violencia doméstica. La CEDAW determinó que el Estado debía implementar medidas reparadoras y recomendó específicamente la contratación de mujeres indígenas para ofrecer asistencia legal a otras mujeres. Asimismo, instó a Canadá a revisar su apoyo legal para las mujeres indígenas, con el objetivo de asegurarles un acceso equitativo a la justicia. Lo anterior debido a que, como quedó constatado en el caso, "la autora se vio obligada a cambiar de abogado en numerosas ocasiones debido a las presiones para que se conformara con una indemnización monetaria en lugar de la restitución de la

propiedad" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2012: párrafo 10.5)

Junto con lo previamente expuesto, la CEDAW ha desarrollado un amplio andamiaje de estándares en el marco de sus recomendaciones generales, entre las que podemos identificar: (i) Recomendación general N° 24 sobre la mujer y la salud (1999); (ii) Recomendación general N° 25 que define las medidas especiales temporales (2004); (iii) Recomendación general N° 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (2013); (iv) Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015); (v) Recomendación general N° 34 sobre los derechos de las mujeres rurales (2016); (vi) Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer (2017); Recomendación general N° 36 sobre los derechos de las mujeres y las niñas a la educación (2017); Recomendación general N° 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático (2018); y, Recomendación general N° 39 sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas (2022).

Si bien las Recomendaciones generales anteriores a la N° 39 visibilizaron la situación de las mujeres indígenas, no fue sino hasta la publicación de esta que la CEDAW puntualizó, de forma concreta y adecuada, una serie de recomendaciones y estándares que permitirían dar cumplimiento a las obligaciones estatales relacionadas con los derechos de las mujeres indígenas. En esta Recomendación general, la CEDAW se refirió a las obligaciones generales y específicas de los Estados partes en relación con los derechos de las mujeres y las niñas indígenas, incluyendo el derecho a la igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y a los sistemas jurídicos plurales, la prevención y protección de la violencia de género, el derecho a la participación efectiva en la vida política y pública, a la educación, al trabajo, a la salud, a la cultura, sobre la tierra, los territorios y los recursos naturales, a la alimentación, al agua y a las semillas, y a un medio ambiente limpio, sano y sostenible.

En este contexto, resulta importante señalar que, por ejemplo, la CEDAW enfatiza en la necesidad de que el acceso de las mujeres indígenas a la justicia demanda un enfoque integral y multidisciplinario, que demuestre una comprensión de la interconexión entre su acceso a la justicia y otros desafíos que enfrentan relacionados con el disfrute de sus derechos humanos (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2022: párrafo 24). Así, la CEDAW señaló que:

> "[L]os Estados deben garantizar que todos los sistemas de justicia tanto indígena como no indígena actúen de forma oportuna para ofrecer recursos adecuados y efectivos a las mujeres y las niñas Indígenas que son víctimas y supervivientes de la discriminación y la violencia de género. Esto implica disponer de intérpretes, traductores, antropólogos, psicólogos, profesionales de la salud, abogados, mediadores culturales con experiencia, autoridades espirituales y medicinales Indígenas, así como formación, en la que se incorpore una perspectiva de género sobre las realidades, las culturas y los puntos de vista de las mujeres y las niñas Indígenas. Los sistemas de justicia también deben contar con métodos para reunir pruebas que sean apropiados y compatibles con la cultura y las opiniones de las mujeres y las niñas Indígenas. Los funcionarios de justicia deben recibir una formación continua sobre los derechos de las mujeres y las niñas Indígenas, así como sobre las dimensiones individuales y colectivas de su identidad, con el objetivo de inculcar en los funcionarios un grado sustancial de competencia cultural Indígena. En ese ámbito, es fundamental que se respeten las diferentes concepciones de la justicia y los procesos que tienen los sistemas Indígenas y no indígenas, y que se escuche a los Pueblos Indígenas y se colabore activamente con ellos. La justicia puede ser un proceso de reconciliación y sanación para ellos, con el objetivo de restablecer la armonía en sus territorios y comunidades. Los Estados también deberían contratar y nombrar de forma proactiva a juezas Indígenas" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2022: párrafo 27).

En el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han recibido y tratado diversos asuntos que retratan la gravedad de la situación de los derechos humanos de las mujeres indígenas en el contexto latinoamericano. Así, en el marco del sistema de peticiones y casos, resulta necesario destacar el caso de Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México ante la CIDH. En este asunto, tres hermanas tzeltales fueron arrestadas por miembros de las Fuerzas Armadas, siendo interrogadas durante dos horas con el propósito de forzarlas a admitir su supuesta afiliación al Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Estas hermanas, una de las cuales era una niña, fueron separadas de su madre, sufrieron maltratos físicos y fueron víctimas de violación repetida. La CIDH, al pronunciarse sobre el fondo del caso, reafirmó su postura de considerar la violencia sexual como un acto de tortura. Además, concluyó que se violaron los derechos de las hermanas a recibir un trato humano, a la dignidad y a la privacidad. La decisión también hace referencia a las dificultades particulares que enfrentan las mujeres indígenas al buscar protección judicial, destacando el sufrimiento adicional experimentado por las

hermanas al no hablar el idioma de sus agresores y de otras autoridades involucradas, así como el rechazo de su propia comunidad debido a la violencia sufrida.

Aunado a lo anterior, un asunto a destacar es el del caso María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú, del año 2003. Los hechos presentados revelan una situación grave relacionada con la esterilización forzada de mujeres. Este caso se enmarca en una política gubernamental masiva y sistemática que buscaba modificar el comportamiento reproductivo de la población, centrando sus impactos en mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales. La señora Mestanza, una mujer campesina de 33 años y madre de 7 hijos, fue objeto de acoso por parte del Centro de Salud del Distrito de La Encañada desde 1996 para que se sometiera a una esterilización. Tanto ella como su esposo sufrieron hostigamiento, incluyendo amenazas de denuncia ante la policía y menciones de una supuesta ley gubernamental que imponía multas y prisión a quienes tuvieran más de cinco hijos. Bajo coacción, la señora Mestanza finalmente dio su consentimiento para someterse a una operación de ligadura de trompas, sin previos exámenes médicos. Trágicamente, falleció en su casa días después. El certificado de defunción atribuyó su muerte a una "sepsis" como causa directa y bloqueo tubárico bilateral como causa antecedente. Posteriormente, un médico del Centro de Salud intentó resolver el problema ofreciendo dinero al esposo de la fallecida. Jacinto Salazar, esposo de la víctima, denunció al Jefe del Centro de Salud por el delito de homicidio culposo. A pesar de la denuncia formal y la solicitud de instrucción, la Jueza Provincial y la Sala Especializada en lo Penal decidieron no abrir el caso. Estos eventos subrayan la negligencia y el presunto abuso de poder en el sistema de salud peruano, particularmente hacia mujeres indígenas y de comunidades rurales.

A partir de lo recientemente expuesto, el Estado y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa. Junto con el reconocimiento de responsabilidad por parte del Perú, las partes acordaron que el Estado debía comprometerse "a realizar las modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre los temas de Salud Reproductiva y Planificación Familiar, eliminando de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y respetando la autonomía de las mujeres" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003). Asimismo, se acordó llevar a cabo cursos de formación especializada para el personal de salud, abordando temas como derechos reproductivos, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género, en colaboración con organizaciones de la sociedad civil expertas en estos

campos. Además, el Estado tuvo que implementar medidas administrativas que aseguren el estricto cumplimiento de los procedimientos establecidos para el pleno respeto del derecho al consentimiento informado por parte del personal de salud. Por último, convinieron establecer mecanismos o canales eficientes para la recepción y trámite rápido de denuncias por violaciones de derechos humanos en los establecimientos de salud, con el objetivo de prevenir o reparar los daños ocasionados.

Otro caso relevante es el de Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos, también ante la CIDH. En este asunto, las víctimas señalaron que el Estado había intervenido en la utilización y posesión de sus tierras ancestrales, alegando que las había convertido en tierras federales a través de un proceso que consideraban injusto. Así, la CIDH abordó los derechos a la igualdad, a un juicio imparcial y a la propiedad de las tierras ancestrales de las hermanas y del pueblo indígena Western Shoshone. Las víctimas argumentaron que las autoridades retiraron el ganado de las hermanas Dann de sus tierras y permitieron o consintieron actividades de prospección de yacimientos auríferos en el territorio tradicional de los Western Shoshone. De esta manera, CIDH determinó que era más adecuado que el Estado resolviera la disputa sobre la propiedad, pero señaló que las hermanas Dann no tuvieron la oportunidad de recurrir a los tribunales para proteger sus derechos de propiedad de manera equitativa y considerando la naturaleza colectiva e individual de sus reclamos. En consecuencia, la CIDH consideró que se había violado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Por su parte, en el marco de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, como ya se ha referido, destacan los casos Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México, ambos de 2010. Estos casos se relacionan con la violación y la tortura de mujeres indígenas en el estado de Guerrero en México, por parte de funcionarios de las Fuerzas Armadas. En tal contexto, la Corte IDH destacó los desafíos que enfrentan las mujeres indígenas al intentar acceder adecuadamente a la justicia, como la barrera del idioma, la falta de intérpretes y la incapacidad para costearse un abogado, entre otros obstáculos. Así, concluyó que estas dificultades, que contribuyen a la desconfianza en el sistema de justicia y en otros organismos públicos de protección, son especialmente graves dado que las mujeres indígenas también sufren el rechazo de su propia comunidad al denunciar delitos de violencia sexual. En ambos casos, la Corte IDH expresó profunda preocupación por la ausencia de intérpretes en los procesos judiciales y la tramitación de estos casos en la jurisdicción militar, lo cual va en contra del derecho inter-

nacional de los derechos humanos. En términos generales, el tribunal determinó que el Estado era responsable de la falta de diligencia debida en la investigación y el enjuiciamiento de los responsables. Aunado a lo anterior, la Corte IDH, al momento de establecer las reparaciones para el caso en cuestión, señaló que no se debe perder de vista que la víctima:

> "[E]s una mujer indígena, en una situación de especial vulnerabilidad, lo cual será tenido en cuenta en las reparaciones que se otorguen en esta Sentencia. Asimismo, el Tribunal considera que la obligación de reparar en un caso que involucre víctimas pertenecientes a una comunidad indígena puede requerir de medidas de alcance comunitario" (Corte IDH, 2010, Serie C No. 215: párrafo 223).

Otro caso resuelto por la Corte IDH es el llamado Tiu Tojín vs. Guatemala (2008). El asunto se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija, dos mujeres indígenas mayas, así como la falta de investigación y sanción de los responsables. En este caso, la Corte IDH afirmó que garantizar el acceso de los pueblos indígenas a la justicia requiere, de manera fundamental, que los Estados consideren sus necesidades económicas y sociales específicas, así como su condición de vulnerabilidad particular. También subrayó la importancia de reconocer y respetar el derecho consuetudinario, los valores, las prácticas y las costumbres de estos pueblos (Corte IDH, 2008, Serie C No. 190: párrafo 96).

Asimismo, existen una serie de casos fallados por la Corte IDH, vinculados a masacres sucedidas en Guatemala, a saber: Masacre Plan de Sánchez (2004), Masacre las Dos Erres (2009) y Masacre de Río Negro (2012). En estos asuntos, la Corte IDH destacó, por ejemplo, que el sufrimiento único y duradero de las mujeres indígenas que fueron víctimas de violencia sexual perpetrada por agentes estatales es un aspecto significativo a considerar al determinar las medidas reparatorias específicas en el caso (Corte IDH, 2004, Serie C No. 116: párrafo 49.19). Además, manifestó que "la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituye un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, en contravención de las normas de ius cogens" (Corte IDH, 2009, Serie C No. 211: párrafos 139-140). Por último, consideró cómo las violaciones, los asesinatos de mujeres embarazadas y la provocación de abortos afectaron de manera particular a las mujeres indíge-

nas en el marco de las masacres ocurridas durante el conflicto armado interno en Guatemala (Corte IDH, 2012, Serie C No. 250: párrafo 59).

Ahora bien, también es necesario mencionar importantes estándares desarrollados por máximos tribunales de la región latinoamericana, los cuales buscan proteger de manera efectiva los derechos de las mujeres indígenas. Así, en el contexto boliviano, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCP Bolivia) ha fallado casos relevantes vinculados a la protección de los derechos humanos desde una perspectiva de género. Así, en sentencia constitucional plurinacional (SCP) 0007/2021-S3 de 20 de enero de 2021, la accionante —una mujer indígena—alegó la violación de varios derechos, incluyendo el derecho al trabajo, a una vejez digna, al debido proceso, a la defensa, al ejercicio de la función pública, y a sus derechos políticos. Esto se debe a que, tras comprometerse a permitir que su suplente asuma como concejal después de la mitad de su mandato, las autoridades locales la presionaron mediante amenazas, maltratos y coerción para renunciar. El presidente del Concejo Municipal gestionó el reconocimiento de su suplente y emitió una resolución que la declaró temporalmente ausente, sin informarle. A pesar de impugnar la resolución, la accionante no recibió respuesta, y se presentó una denuncia por supuesto incumplimiento de deberes ante la Comisión de Ética, ignorando sus derechos constitucionales.

En tal caso, el TCP Bolivia destaca la protección reforzada de la mujer en el ámbito del ejercicio de los derechos políticos con connotación transversal de los procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos. En otras palabras, se refirió expresamente a la aplicación de la perspectiva de género por la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina y la Jurisdicción Ordinaria. De esta manera, indicó que:

> "[R]esulta imperativo que cualquier autoridad, tanto en el marco de la justicia ordinaria como en la Indígena Originaria Campesina, deba actuar con un enfoque interseccional de protección de derechos con perspectiva de género; toda vez que, esta no solo irradia al ámbito a procesos judiciales, sino también a temas administrativos con el fin de superar la desigualdad de género; dicho enfoque busca concretizar la igualdad en todas las políticas y ámbitos, así como las medidas de acción positiva encaminadas a la protección de las mujeres, concentrando la perspectiva de género en todas las áreas en las que se desenvuelvan para desterrar la discriminación, puesto que ya se entiende que por su sola condición de mujer, ya se encuentra en una condición de desigualdad" (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2021:19).

En el mismo sentido, el TCP Bolivia hizo hincapié en el maltrato y discriminación que sufrió la accionante ante su condición de mujer que ocupa un cargo político, persona adulta mayor e indígena. Así, el fallo indicó que no es factible que, en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos basados en sus propias normas y procedimientos, se ignoren derechos y garantías respaldados por la Norma Fundamental Boliviana, a saber: el derecho que tiene la mujer a no sufrir violencia física, sexual o psicológica tanto en la familia como en la sociedad (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2021: pp. 27-28). En todos los contextos, es necesario el respeto a estos derechos para lograr una convivencia pacífica dentro de la comunidad. De esta manera, en cualquier ámbito, incluyendo el de los indígenas originarios campesinos, se debe priorizar un enfoque interseccional para la protección de derechos con una perspectiva de género (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2021:27).

En un aspecto similar al anterior, destaca la sentencia constitucional plurinacional (SCP) 0058/2022 de 12 de septiembre de 2022, en la que, siguiendo la Recomendación General 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se estableció que es responsabilidad del Estado garantizar una defensa completa y prioritaria de los derechos de las mujeres, incluyendo a las mujeres indígenas. Esto debe llevarse a cabo a través de las jurisdicciones reconocidas en la Constitución Política del Estado, incluyendo la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (IOC). En casos en que estas jurisdicciones sean insuficientes o ineficaces, las mujeres que son víctimas de violencia deben tener la libertad de recurrir a otras jurisdicciones sin restricciones, con el propósito de buscar la protección de sus derechos e intereses (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2022).

Vinculado al tema de conflicto de competencias jurisdiccionales, concretamente entre las Autoridades Indígena Originaria Campesinas y un Juez Público de la Niñez y Adolescencia e Instrucción Penal, quienes, a su turno, consideraban ser competentes para conocer y resolver los hechos denunciados en la jurisdicción ordinaria penal por mujeres indígenas, víctimas de tentativa de homicidio y otros delitos, encontramos la sentencia constitucional plurinacional (SCP) 0112/2023 de 17 de octubre de 2023. En este asunto, el TCP Bolivia, realizando un análisis de la normativa interna y aplicando la doctrina del bloque de constitucionalidad, fue enfático en señalar que existe el derecho de elección de la víctima de violencia de género de la jurisdicción que debe conocer y resolver sus denuncias. Así, en el caso concreto, el TCP Bolivia

destacó que las propias víctimas, de manera libre y voluntaria, iniciaron la denuncia y posteriormente peticionaron la acumulación de tales causas penales en la jurisdicción ordinaria. Por consiguiente, implica su manifiesta elección de la jurisdicción en la cual pretenden resolver sus denuncias por violencia (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2023:15).

Por otro lado, el TCP Bolivia también se ha referido a los derechos que le asisten a las mujeres indígenas en materia de derecho de repartición de tierras de las comunidades. Así pues, en sentencia constitucional plurinacional (SCP) 0323/2014 de 19 de febrero de 2014, el Tribunal resolvió un caso de amparo constitucional en el que una mujer indígena buscó protección para sus derechos al debido proceso, a la petición y al derecho de propiedad. Esto ocurrió porque las autoridades indígenas de su comunidad la obligaron a firmar un acta mediante la cual cedía un porcentaje de sus tierras a favor de la comunidad. La amenazaron con revertir la propiedad a la comunidad, argumentando que, debido a su condición de mujer, no tenía derecho a esas tierras. El TCP Bolivia, al aplicar el criterio de interpretación intracultural favorable, concedió la tutela que la mujer solicitó. Así, el fallo manifestó que:

> "[E]l sistema de administración de justicia del Ayllu Hiluta Chahuara, responde a su cosmovisión propia basada en los principios de respeto, consenso, unidad y armonía en cada uno de sus procedimientos e instancias; mismos que de acuerdo a las conclusiones precedentes no fueron observados por las autoridades originarias ahora codemandadas, por cuanto la decisión adoptada no se encuentra acorde con las normas, principios y procedimientos tradicionalmente utilizados en esta comunidad, cuando en un evidente exceso de poder, de forma unilateral y asumiendo una actitud discriminatoria por la condición de mujer de la accionante, determinaron la división de su propiedad agraria otorgando un 40% en favor su cuñado pretendiendo darle validez a esta actuación obligándola a suscribir las actas correspondientes de este acuerdo, ejerciendo presión psicológica en base a amenazas de pérdida de sus terrenos y su cosecha, conforme se constató de los antecedentes adjuntos a la presente acción tutelar, vulnerando su derecho constitucional a un debido proceso, en su vertiente de derecho a la defensa, cuya observancia también es imperante en la jurisdicción indígena originaria campesina […]; razón por la cual corresponde conceder la tutela demandada, máxime si de acuerdo a la jurisprudencia desglosada en […] este fallo, la protección constitucional a la mujer tiene un componente prioritario en el ámbito de la justicia originaria campesina al ser considerado un grupo vulnerable" (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014:30-31).

En el ámbito colombiano, la Corte Suprema de Justicia de Colombia también ha establecido significativos criterios relacionados con la salvaguarda de los derechos humanos de las mujeres y niñas indígenas. Por ejemplo, en su sentencia STC 3847-2022 de 30 de marzo de 2022, reconoció la prevalencia de la jurisdicción ordinaria sobre la jurisdicción indígena, especialmente cuando se trata de casos que involucran la vulneración de derechos fundamentales de niñas y adolescentes. En el caso concreto, la víctima de violencia sexual tenía menos de 14 años al momento de los hechos, quien fue objeto de presuntas amenazas por parte de su agresor, al que se pretendía beneficiar con una justicia tradicional que, tal como indica el fallo:

> "[…] no se acompasa con los postulados y obligaciones internacionales […], así como los principios de un Estado social y democrático de derecho" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2022: 20). Así, se indicó que se debe asegurar con diligencia la protección de los derechos de la infancia, desde un enfoque de género, independientemente de la afiliación cultural o étnica, enfatizando la prohibición de cualquier forma de discriminación, particularmente aquella relacionada con la integridad sexual. En tal sentido, la Corte manifestó que "la integridad sexual de los niños, el bienestar infantil y la igualdad de género son objetivos primordiales superiores, que no pueden entenderse como bienes jurídicos propios de la cultura mayoritaria, sino de todos los pueblos que conforman el Estado pluricultural" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2022: 20).

En el mismo contexto, la Corte Constitucional de Colombia también ha hecho lo suyo en materia de protección de derechos de este grupo en situación de vulnerabilidad. A modo de ejemplo, es posible destacar la sentencia de unificación SU-091 de 2023. El caso en cuestión versa sobre una acción de tutela interpuesta por Magali del Rocío Cisneros Portilla, una comunera del resguardo indígena de Ipiales, en Nariño. La víctima del caso confrontó a su comunidad al notar posibles irregularidades en la elección de la persona designada como vocera para la coordinación con las autoridades respecto a un programa llamado Más familias en acción. Durante este proceso, algunas mujeres de la comunidad solicitaron una mayor participación, pero como consecuencia de esta petición, fueron castigadas con golpes de látigo. La víctima, al expresar su oposición a las decisiones tomadas, fue llevada a juicio y condenada a recibir azotes. No obstante, tras la oposición de otros miembros de la comunidad, se le pidió que se disculpara de rodillas por su protesta. Como respuesta, presentó una acción de tutela buscando la protección de su derecho a la libertad de expresión, al debido proceso, a

la igualdad y a la dignidad humana. En tal caso, la Corte Constitucional manifestó que:

> "[L]a autonomía indígena y el reconocimiento al principio de diversidad étnica no son excluyentes con el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencias, por lo que no cabe duda de que al interior de las comunidades indígenas se debe avanzar hacia su protección, y armonizar, en cada caso, con las costumbres indígenas. En sentido contrario, restringir el derecho de las mujeres indígenas a una vida libre de violencia, además de constituir una discriminación llevaría implícito el argumento en el sentido de que la jurisdicción especial indígena es una justicia que opera plenamente sólo en favor de los hombres de la comunidad, a la par que desconocería que las mujeres también hacen parte de esta jurisdicción. Esto sería una conclusión inaceptable en el marco constitucional descrito y terminaría por debilitar esta jurisdicción, al hacerla inoperante frente a la necesidad de cambio y evolución requerida para la supervivencia comunitaria" (Corte Constitucional de Colombia, 2023: párrafo 103).

De esta manera, la Corte Constitucional amparó los derechos de la mujer indígena y estableció un límite jurisprudencial a la autonomía indígena relacionado con la prohibición de cualquier forma de violencia contra la mujer al interior de las comunidades. A esto, agregó que "esta es una prohibición que cobija a todas las justicias en Colombia. […] sería inadmisible concluir que, en el marco de la Constitución y de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, ciertas mujeres tengan acceso restringido a una vida libre de violencias" (Corte Constitucional de Colombia, 2023: párrafo 108). De tal forma, subrayó que los derechos particulares de las comunidades indígenas no pueden infringir el derecho a vivir sin violencia, ya que esto deriva de los principios de igualdad y no discriminación.

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), como máxima autoridad jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación de México, ha fallado casos relevantes en cuanto a los derechos de las mujeres indígenas. En amparo directo en revisión 5465/2014 de 26 de abril de 2017, la SCJN estableció que el derecho de las mujeres, niñas, niños y adolescentes a una vida libre de violencia, los derechos a la igualdad y no discriminación, y a la integridad y dignidad personales, constituyen límites válidos a la aplicación de normas de derecho consuetudinario o indígena. En tal sentido, fue tajante al señalar que es responsabilidad del Estado asegurar que las elecciones relacionadas con la sexualidad de los niños y niñas ocurran de manera segura, libre y acorde con su desarrollo psicológico. Así, estos derechos sirven como

restricciones legítimas para las normas del derecho de las comunidades indígenas.

Otro caso destacado es el del amparo en revisión 272/2019 el cual surge de un recurso de amparo presentado por el padre de una niña indígena mazahua con discapacidad, perteneciente a una comunidad en el Estado de México. La SCJN, al abordar la educación inclusiva, enfatizó que es responsabilidad de las autoridades garantizar que las circunstancias personales o sociales, como el género, el origen étnico o la situación económica, no actúen como obstáculos para acceder a este derecho, como sucedía en el caso específico (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019:72).

En este asunto, la SCJN evaluó cómo la intersección de varias causas de vulnerabilidad creó una vulnerabilidad especial en el acceso a la educación de la niña. A partir de esta consideración, determinó las obligaciones de las autoridades y concluyó que estas no se cumplieron adecuadamente para asegurar el derecho a una educación inclusiva. Como resultado, emitió órdenes a diversas autoridades para que la niña fuera integrada en un sistema educativo regular, se le proporcionaran los apoyos necesarios y se implementaran ajustes razonables para adaptar el plan académico a las necesidades y habilidades de la niña con discapacidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019: p. 82).

Por su parte, en el contexto chileno destaca el caso de Lorenza Cayuhán[29] mujer indígena privada de libertad, fallado por la Corte Suprema de Chile en 2016. Respecto a los hechos, resulta pertinente señalar que el 13 de octubre de 2016, Lorenza Cayuhán, estando en su semana 32 de embarazo, cumplía una condena en el Centro de Detención Preventiva de Arauco. Ese día, dos oficiales de Gendarmería la trasladaron al Servicio de Urgencia Local, donde le diagnosticaron preeclampsia. Posteriormente, fue llevada en ambulancia al Hospital Regional, siendo escoltada por dos oficiales de Gendarmería que la mantuvieron "engrilletada por el pie izquierdo a la camilla de la ambulancia" durante el trayecto. El 14 de octubre, fue trasladada a la Clínica de la Mujer de Concepción, donde se le retiraron las medidas de seguridad para llevar a cabo el monitoreo correspondiente, las cuales no fueron restablecidas. Durante esta evaluación, una oficial de Gendarmería estuvo presente en el momento del nacimiento de su hija.

29 Para un análisis detallado del caso véase: "Discriminación: el caso de Lorenza Cayuhán" (Pérez Goldberg, 2017).

En su fallo, la Corte Suprema estableció que Gendarmería de Chile había cometido diversas infracciones a la normativa nacional e internacional que obliga a Chile en el tratamiento de las personas privadas de libertad, especialmente las mujeres embarazadas indígenas. A nivel nacional, la Corte determinó que se había infringido el artículo 1 de la Ley Orgánica de Gendarmería, que establece la finalidad de la institución de atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad. También se consideró vulnerado un conjunto de normas del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que abordan el vínculo de derecho público entre los internos y el Estado, la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la obligación de que el régimen de las personas privadas de libertad se ajuste a la Constitución, tratados internacionales ratificados por Chile, y las leyes y reglamentos pertinentes. A nivel internacional, la Corte concluyó que se había infringido disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CADH, la CEDAW, así como el incumplimiento de ciertos artículos de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Tokio) y de las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

En este asunto, la Corte Suprema identificó dos violaciones fundamentales. En primer término, determinó que Gendarmería había afectado la dignidad de la amparada mediante conductas que constituían un trato degradante. Este trato se manifestó, por un lado, en la aplicación de medidas de coerción innecesarias. La Corte expresó que "[…] no resultaba admisible en el caso de marras el uso de grilletes en contra de la amparada, atendido que su traslado de urgencia desde la unidad penal a los distintos recintos de salud a que fue conducida, obedeció a su estado de gravidez y a la inminencia de un parto complejo desde el punto de vista médico, constituyendo el uso de grilletes una forma de represión y sujeción y, por ende, de coerción, que resultaba improcedente […]" (Corte Suprema de Chile, 2016: considerando 11). Por otro lado, se señaló que también se materializó en la circunstancia de haber sido custodiada por funcionarios de Gendarmería hasta el mismo momento del parto, sin que se tomaran medidas menos invasivas que pudieran evitar un improbable peligro de fuga.

En segundo término, la Corte Suprema concluyó que la institución penitenciaria había violado el derecho a vivir una vida libre de violencia. El tribunal señaló que "el Estado ha transgredido la obligación de proteger a la amparada de la violencia ejercida por funcionarios de Gendar-

mería, al permitir que aquella que se encontraba en una especial condición de vulnerabilidad, dado su estado de embarazo y su privación de libertad, fuera sometida a tratos vejatorios que debieron evitarse" (Corte Suprema de Chile, 2016: considerando 12). En resumen, para la Corte, estas transgresiones constituyeron un acto de discriminación contra Lorenza Cayuhán en su condición de mujer (Corte Suprema de Chile, 2016: considerando 14).

Por otro lado, resulta necesario destacar que la Corte Suprema analiza los elementos que convergieron para clasificar este trato como discriminatorio, llegando a describirlo como una "situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación" (Corte Suprema de Chile, 2016: considerando 16). De hecho, los funcionarios de Gendarmería, al llevar a cabo este procedimiento, no tuvieron en cuenta el hecho de que la persona trasladada era una mujer indígena con un embarazo de 32 semanas, a punto de dar a luz. En cambio, sí consideraron su condición de "comunera mapuche" para implementar un extenso dispositivo de seguridad. Así pues, este elemento de discriminación, la pertenencia a la etnia mapuche se respaldó en la documentación proporcionada por la propia institución penitenciaria, la cual detallaba la visita de la amparada a distintos centros de salud. El protocolo de seguridad reforzado implementado en este caso, resultó claramente excesivo en comparación con la naturaleza del delito por el cual cumplía condena (un delito contra la propiedad), su baja implicación delictual y la ausencia de cualquier indicio de intento de fuga por parte de la interna. Esta medida se justificaba únicamente por ser una "comunera mapuche", según lo afirmaban los documentos considerados por el tribunal. (Pérez Goldberg, 2017:75-94)

Otro asunto a resaltar es el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos que establecían reglas especiales de determinación y cumplimiento de la pena de la Ley Pascua para el pueblo indígena de Rapa Nui, acogido por el Tribunal Constitucional de Chile (TC Chile) en sentencia rol N° 8792-20 INA de 2021. En tal sentido, el TC Chile dictó sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, denominada Ley Pascua. El requerimiento fue presentado por el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, donde la gestión pendiente incidía en un juicio penal respecto de una persona perteneciente a la etnia Rapa Nui, imputado por el presunto delito de violación propia, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal. De esta manera, la impugnación de la constitucionalidad de las normas se basó en la violación

de los artículos 1°, 5, 6, 19 Nos. 2, 3 y 26 de la Constitución, así como de la Convención de Belém do Pará, en particular los artículos 1, 2, 3, 4 b) c) e) f), 6, 7, 8, 9; y los artículos 1, 2, 3, 4, 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Además, se argumentó una infracción a los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal como indicó el TC Chile, este asunto significó llevar a cabo "un encuadramiento normativo acerca de si lo regulado por los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 podría o no ser una costumbre indígena, conforme al derecho que la regula, la que incorpora elementos interpretativos del Derecho Convencional" (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando decimotercero).

Entre otras cosas, tal sentencia es importante porque, en primer lugar, destaca que los artículos impugnados por inconstitucionalidad "no establecen una costumbre [penal] indígena", ya que ni la historia de la Ley N° 16.441 ni la autoridad ancestral o tradicional rapanui lo contemplan de esa manera (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando decimocuarto). En segundo lugar, no se trata de un componente cultural que se armonice con la Constitución, especialmente en lo que respecta al deber estatal de fomentar la integración armónica de todos los sectores de la Nación. Así, resulta evidente que no se puede justificar la violencia y la depredación sexual como parte de las costumbres, tradiciones o cultura del pueblo rapanui. En tal sentido, el TC Chile señaló que:

> "No dudamos que la violencia y la depredación sexual atenta contra los valores civilizatorios que defendemos con Constituciones y tratados de derechos humanos o sin ellos. Es un tipo de violencia que repudiamos por ser contraria al concepto mismo de respeto por la dignidad humana. La defensa del particularismo de la cultura, costumbres y autoridades indígenas supone discernir que tal defensa singular respeta condiciones y valoraciones universales sobre las cuales se asienta la vida colectiva en democracia. Por lo mismo, una agresión sexual como la violación, no solo no es parte de una costumbre indígena, sino que repudia el núcleo de la dignidad humana, los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales reconocidos y vigentes en Chile, de un modo tal que no admiten particularidad alguna" (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando quincuagésimo quinto).

En línea con ello, el Tribunal resaltó que, ante la obligación objetiva de erradicar cualquier tipo de discriminación y violencia de género, siendo la violencia sexual una de las manifestaciones más serias, se infringe el

principio establecido en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, el cual garantiza la preservación inalterable de la dignidad humana (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando sexagésimo cuarto). Así pues, el TC Chile también hizo referencia a los beneficios penales que se reconocían en los artículos impugnados, indicando que:

> "[E]l artículo 13 de la L[ey] 16.441 establece un beneficio penal excepcionalísimo e incompatible con el artículo 54 de la Ley N° 19.253. Se trata de un beneficio que se confronta con la discrecionalidad del legislador penal de establecer una rebaja del marco penal asociado siempre a conductas u omisiones que se fundan en algún interés penal reconocible. En el presente caso es excepcionalísimo porque se vincula al sujeto pasivo sin ningún tipo de funcionalidad penal. Se le beneficia porque sí. No porque colaboró para reparar el mal causado; desbaratar una organización criminal; por el grado de consumación del delito o por una eximente o atenuante que debe acreditar. Aquí basta constatar que se trata de una persona rapanui: esto es, una versión del derecho penal de autor, pero contra las víctimas, predominantemente, mujeres y en este caso, concretamente mujer" (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando sexagésimo cuarto).

En vista de ello, estimó que tal beneficio de carácter excepcional constituía un privilegio en el ámbito sexual, lo cual implica una cierta supremacía de género que va en contra del principio de igualdad ante la ley y la dignidad de las personas, resultando incongruente con lo establecido en el artículo 19, numeral 2, de la Constitución (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando sexagésimo cuarto). En la misma línea, se estimó que tal privilegio implicaba una vulneración del artículo 19, numeral 3, de la Constitución, al crear un "beneficio legal concebido como una especie de fuero personal para los pascuenses, en cuanto sujetos activos de delitos sexuales, que opera reduciendo en un grado el marco penal" (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando sexagésimo cuarto).

Por último, resulta necesario destacar que el TC Chile indicó que las disposiciones impugnadas vulneraban el derecho a la tutela judicial en dos dimensiones (Tribunal Constitucional de Chile, 2021: considerando sexagésimo cuarto). Por un lado, los preceptos legales impugnados establecían una disparidad entre mujeres. Esta distinción se evidenciaba porque la legislación penal brinda una protección más robusta a las mujeres que sufren agresiones sexuales por parte de chilenos en el continente en comparación con aquellas que son agredidas sexualmente en Isla de Pascua por individuos de la etnia rapanui. Esto se refleja en la imposición de penas más severas en el primer caso, incluida la prohibición

del acceso a penas sustitutivas en el caso de violación. Por otro lado, esta mayor protección legal se evalúa tanto desde la perspectiva de la valoración que el legislador otorga a la conducta (reproche penal) como desde la capacidad disuasoria que la imposición de sanciones ejerce sobre la sociedad. De tal forma, se concluyó que se afectaba el artículo 19 N° 2 de la Constitución en consonancia con el artículo 19 N° 3, ya que las normas impugnadas carecían de un fin constitucionalmente legítimo que las sustente, desprotegiendo a toda una categoría de personas, pero en mayor medida a mujeres, cuestión que implicaba una fuerte transgresión de los derechos constitucionalmente reconocidos.

g) Referencias bibliográficas y jurisprudenciales

1. Bibliografía

Aikman, S. (2011). "Educational and Indigenous Justice in Africa". *International Journal of Educational Development*, 31, 15-22.

Akter, S., Davies, K., Rich, J., & Inder, K. (2018). "Indigenous Women's Access to Maternal Healthcare Services in Lower- and Middle-Income Countries: A Systematic Integrative Review". *International Journal of Public Health*, 64, 343-353.

Archenti, N. and Tula, M. I. (2007). "Cuotas de género y Pozotipo de lista en américa latina". *Opinião Pública*, 13(1), 185-218.

Aristóteles (2014): *Ética a Nicómaco*. Madrid: Gredos.

Anderson, Elizabeth S. (1999). "What is the Point of Equality?". *Ethics*, 109 (2): 287-337. DOI: 10.1086/233897.

Bartels, L. (2010). "Indigenous Women's Offending Patterns: A Literature Review, Research and Public Policy Series". *Australian Institute of Criminology* (107) 1-33.

Benítez, K., Miranda, C. A. R., & Cervantes, C. S. (2022). "Partería tradicional. violencia sistémica y feminismo comunitario. Las casas de la mujer indígena y afromexicana en Guerrero, México". *Textual* (79), 49-78.

Blasco, María Jesús y del Pozo Maribel (2015). "La interpretación judicial en España en un momento de cambio". *Monografías de Traducción e Interpretación* (7), 9-40.

Bolaños, Andrea y Suárez, Andrea (2020). "The Case of 'Lote Ocho': Indigenous women hold corporations accountable for violence".

Disponible en: https://www.openglobalrights.org/lote-ocho-indigenous-women-corporate-accountability-guatemala-canada/.

Bryant, J., Bolt, R., Botfield, J. R., Martin, K., Doyle, M., Murphy, D., & Aggleton, P. (2021). "Beyond deficit: 'strengths-based approaches' in indigenous health research". *Sociology of Health & Illness*, 43(6), 1405-1421.

Burnette, C. (2016). "Historical Oppression and Indigenous Families: Uncovering Potential Risk Factors for Indigenous Families Touched by Violence" *Family Relations*, 65, 354-368

Burns, M., Young, S., & Nielsen, J. (2019). "The Difficulties of Communication Encountered by Indigenous Peoples: Moving Beyond Indigenous Deficit in the Model Admission Rules for Legal Practitioners". *Legal Education Review*.

CONADI (2014). *Estudio diagnóstico mujeres indígenas macro zona norte*. Santiago de Chile.

CONADI (2015). *Estudio Mujeres Indígenas Zona Austral*. Santiago de Chile.

CONADI (2016). *Informe Final: Estudio caracterización mujeres indígenas (Zona Metropolitana e Isla de Pascua)*. Diciembre de 2016.

Criado Pérez, Caroline (2019). *Invisible Women: Data Bias in a World Designed for Men*. New York: Abrahms Press.

Favila-Alcalá, M. (2020). "Traducción jurídica, mujeres indígenas y acceso a una vida libre de violencia". *Entorno*, (69), 58-66.

Fiss, Owen (1976). "Groups and the Equal Protection Clause". *Philosophy and Public Affairs*, (2): 107-177.

García, F. M. G., Galán, B. P., & Pitarch, P. (2021). "Fragmentos para una etnografía de las radios comunitarias e indígenas en América Latina". *Disparidades. Revista De Antropología*, 76(2), e015c.

Hernández, L. E. S. (2018). "Retos y experiencias en la construcción de un peritaje antropológico con perspectiva de género: la lucha de Bertha por la tierra en Chiapas". *Desacatos. Revista De Ciencias Sociales*, (57), 56.

Huamán, R. B. D. L. C. (2022). "Sin mujeres no hay democracia: mujeres indígenas y los procesos de consulta previa en el Perú". *Tierra Nuestra*, 16(2), 90-98.

Ingram, S. (2016). "Silent drivers | driving silence - Aboriginal women's voices on domestic violence". *Social alternatives*, 35, 6.

Jian-ping, M. and Lepeyko, T. (2023). "Developing College Teachers' Intercultural Sensitivity in a Multicultural Environment". *Culture and Education*, 35(2), 450-473.

Jiménez-Estrada, V., Pérez, N. D. J., Sandoval, P. T., & Romero, D. F. (2020). "Diálogos binacionales sobre los retos para documentar la(s) violencia(s) contra mujeres indígenas en México y Canadá". *Abya-Yala: Revista Sobre Acesso À Justiça E Direitos Nas Américas*, 4(1).

Keleher, H., & Franklin, L. (2008). "Changing Gendered Norms About Women and Girls at The Level of Household and Community: A Review of the Evidence". *Global Public Health*, 3, 42-57.

Lauría, D. (2019). "Sobre el programa 'Justicia en lenguaje claro' del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la nación (Argentina)". *Entremeios, Revista De Estudos Do Discurso*, 18(1), 43-61.

Loperena, C. (2020). "Adjudicating Indigeneity: Anthropological Testimony in The Inter-American Court of Human Rights". *American Anthropologist*, 122(3), 595-605.

Malone, J. (2000). "Working with Aboriginal Women: Applying Feminist Therapy in a Multicultural Counselling Context". *Canadian Journal of Counselling and Psychotherapy* (34), 33-42.6

McMahon, T. (2017). "Canada's Legal System Hates Indigenous Women". Disponible en https://ssrn.com/abstract=2852544

Mcgoldrick, S. (2007). "Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice". *Contemporary Sociology Journal of Reviews*, 36, 91-92.

Mukhopadhyay, C., & Higgins, P. (1988). "Anthropological Studies of Women's Status Revisited: 1977-1987". *Annual Review of Anthropology* 17, 461-95.

Njieassam, E. E. (2019). "Gender Inequality and Land Rights: The Situation of Indigenous Women in Cameroon". *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 22, 1-33.

Nussbaum, Martha C. (2007). "Constitutions and Capabilities: Perception against Lofty Formalism". *Harvard Law Review*, 121 (4).

Nussbaum, Martha C. (2011). *Creating capabilities. The Human Development Approach*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

Olivares Espinoza, Bárbara (2019). "El caso de Gabriela Blas, la 'pastora aymara' condenada y perdonada". *Atenea* (Concepción), 519: 31-47.

Opotow, S. (1990). "Moral Exclusion and Injustice: An Introduction". *Journal of Social Issues*, 46, 1-20.

Oliveira, A., & Smith, A. (2020). "Mulheres Indígenas, Discriminação e Violência No Continente Americano". *Revista Direitos Sociais e Politicas Publicas* v. 8 n. 2, 1-29.

Pelcastre-Villafuerte, B., Ruiz, M., Meneses, S., Amaya, C., Márquez, M., Taboada, A., & Careaga, K. (2014). "Community-Based Health Care for Indigenous Women in Mexico: A Qualitative Evaluation". *International Journal For Equity In Health* (13), 2, 1-9.

Pérez Goldberg, Patricia (2017). "Discriminación: El caso de Lorenza Cayuhán". *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 70: 75-94.

Pérez Goldberg, Patricia (2018). "Mujer, cárcel y desigualdad: el caso chileno". *Revista Trayectorias Humanas Intercontinentales* (Limoges), 3: 63-80.

Pérez Goldberg, Patricia (2021). *Las mujeres privadas de libertad y el enfoque de capacidades*. Santiago: DER Ediciones.

Radcliffe, S. A. (2014). "El género y la etnicidad como barreras para el desarrollo: mujeres indígenas, acceso a recursos en Ecuador en perspectiva latinoamericana". *Eutopía - Revista De Desarrollo Económico Territorial*, (5).

Rodríguez, N. W. V. and Fernando, C. A. L. (2020). "Reflexiones sobre el feminismo y la diversidad de género: el poder del discurso en la política pública". *Universidad Ciencia y Tecnología*, 24(104), 81-87.

Ruiz-Tagle Reyes, Viena Macarena (2015). "Culturas indígenas, Derecho Penal y Género. Estudio socio-jurídico sobre la injerencia del Derecho penal en las comunidades aymaras del norte de Chile y sobre la relación de las mujeres indígenas con la justicia ordinaria". Tesis Doctoral. Donostia, San Sebastián.

Saba, Roberto (2016): *Más allá de la igualdad formal, ¿qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, Buenos Aires Editores.

Sueiro, A. A. (2021). "El aporte de la interseccionalidad a una política pública que responda a las necesidades de las mujeres indígenas". *Politai*, 12(22), 1-21.

Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación (2018). Política Igualdad de Género y No Discriminación. Poder Judicial de Chile.

Sparano, R. M. (2021). "Lenguaje claro en el siglo XXI: panorama general y propuesta de aplicación al proceso de traducción y corrección". *Revista Internacional De Lenguas Extranjeras / International Journal of Foreign Languages,* 1(15).

Robeyns, Ingrid (2016). "The Capability Approach", The Stanford Encyclopedia of Philosophy" (Winter Edition), Edward N. Zalta (ed.).

Williams, R. (1999). "Cultural safety — what does it mean for our work practice?". *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, 23 (2) 213-214.

Wood, Diane (2010): "Constitutions and Capabilities: a (Necessarily) Pragmatic Approach". *Chicago Journal of Internacional Law*, 10(2).

Zúñiga Fajuri, Alejandra, Aguilera Bertucci, Daniela, y Vásquez Bravo, Andrea (2007). "Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile". *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile). XX (2): 9-30.

2. Jurisprudencia, observaciones, directrices, políticas e informes

CEPAL, Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis, CEPAL, Noviembre de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México*. Caso 11.565. Informe N° 53/01. 4 de abril de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos*. Informe N° 75/02. 27 de diciembre de 2002.

Comisión de Derechos Humanos. Resolución 2001/57, adoptada en su 76° Período de Sesiones. 24 de abril de 2001.

Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Informe sobre el 45° período de sesiones (6 a 16 de marzo y 9 a 11 de mayo de 2001). 2001. E/2001/27 E/CN.6/2001/14.

Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Las mujeres indígenas: agentes claves en la erradicación de la pobreza y el hambre. Marzo de 2012. E/CN.6/2012/L.6.

Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3). 29 de marzo de 2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 16 sobre las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas. 1991. CEDAW/C/GC/16.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 19 sobre la violencia contra la mujer. 29 de enero de 1992. CEDAW/C/GC/19.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 24 sobre la mujer y la salud. 1999. CEDAW/C/GC/24.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. El género y el desarrollo sostenible. 7 de mayo de 2002. A/57/38 (parte I).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Declaración sobre el género y el cambio climático. 2010. A/65/38, primera parte, anexo II.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 25. Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. 16 de diciembre de 2010. CEDAW/C/GC/27.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 16 de diciembre de 2010. CEDAW/C/GC/28.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Communication No. 19/2008. Kell c. Canadá. 28 de abril de 2012. CEDAW/C/51/D/19/2008.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores conflictos. 1 de noviembre de 2013. CEDAW/C/GC/30.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3 de agosto de 2015. CEDAW/C/GC/33.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 34 sobre los derechos de las mujeres rurales. 7 de marzo de 2016. CEDAW/C/GC/34.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. 26 de julio de 2017. CEDAW/C/GC/35.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 36 sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación. 27 de noviembre de 2017. CEDAW/C/GC/36.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático. 13 de marzo de 2018. CEDAW/C/GC/37.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 39 sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas. 31 de octubre de 2022. CEDAW/C/GC/39.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 25 sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. 20 de marzo de 2000.

Corte IDH. Caso *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

Corte IDH. Caso del *Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. Caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Corte IDH. Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. 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 No. 211.

Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. Caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. *Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

Corte IDH. Caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte IDH. Caso *Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Corte IDH. Caso *I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Corte Constitucional de Colombia. SU-091 de 2023. 29 de marzo de 2023. Expediente T-8.833.393.

Corte Suprema de Chile. Causa Rol 92795-146. Sentencia de 1 de diciembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. STC 3847-2022. Radicación n° 11001-02-30-000-2021-00747-01. Aprobado en sesión de 30 de marzo de 2022.

Decreto N° 313 (Indulto Presidencial) de 8 de mayo de 2012.

Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making. 17 de agosto de 2011. A/HRC/18/42.

Ministerio de Desarrollo Social (2015). *Informe de Desarrollo Social 2015*.

Organización de las Naciones Unidas. Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas acerca de su noveno período de sesiones. 1991. E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1.

Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT). Informe Anual 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo directo en revisión 5465/2014 de 26 de abril de 2017. Primera Sala. Registro digital: 2018618.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 272/2019.

Tribunal Constitucional de Chile. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° 8792-20 INA. Sentencia de 29 de enero de 2021.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0323/2014 Sucre, 19 de febrero de 2014. Expediente 03359-2013-07-AAC.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0007/2021-S3 Sucre, 20 de enero de 2021. Expediente 27259-2019-55-AAC.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0058/2022 Sucre, 12 de septiembre de 2022. Expediente 39626-2021-80-CCJ.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0112/2023 Sucre, 17 de octubre de 2023. Expediente 48799-2022-98-CCJ; 48800-2022-98-CCJ; 48807-2022-98-CCJ (acumulados).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom. Application no. 28957/95. 11 de julio de 2002.

Tribunal de Familia de Arica. Sentencia RIT A-16-2007 de 11 de septiembre de 2008.

UNICEF, ONU Mujeres, UNFPA, OIT y Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños (2013). *Breaking the Silence on Violence against Indigenous Girls, Adolescents and Young Women.*

Derechos humanos de la mujer e infancia indígena
de Jorge Errandonea, Nancy Hernández, Alexei Julio y Patricia Pérez Goldberg

Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes

ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE