

VOTO RAZONADO EN EL CASO DE LOS LONKOS, DIRIGENTES Y ACTIVISTAS DEL PUEBLO INDIGENA MAPUCHE

PAULO SERGIO PINHEIRO

Con el acostumbrado respeto, manifiesto que comparto el sentido y la orientación del informe de fondo aprobado por la CIDH, pero considero que es necesario hacer referencia expresa a un tema que se encuentra, en la realidad chilena actual, directamente asociado al de la aplicación de la legislación antiterrorista contra miembros del pueblo indígena Mapuche, como lo es el de la preservación de los derechos del niño en el curso de las estrategias desarrolladas por el Estado de Chile para reaccionar ante las movilizaciones y protestas sociales de la población indígena de la Araucanía.

En general, la aplicación de una legislación antiterrorista surgida de la dictadura, con los aspectos de restricción de los derechos sustantivos y procedimentales de las personas que le caracterizan, es inaceptable en una democracia contemporánea. Es inadmisibles su utilización como un instrumento para silenciar las protestas, movilizaciones y manifestaciones sociales del pueblo indígena Mapuche, las cuales constituyen formas de expresión protegidas bajo el artículo 13 de la Convención Americana y están, más aún, orientadas hacia la recuperación de su territorio ancestral. Es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos su aplicación en las condiciones de violación de la presunción de inocencia, discriminación y falta de respeto por el principio de legalidad que se demostró ocurrieron en los casos de los Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo Mapuche examinados en el informe de fondo. Y más aún, es frontalmente injustificable su aplicación a niños y jóvenes indígenas, por las razones de derecho que expondré brevemente a continuación.

A. Información de público conocimiento sobre la situación actual en Chile

Distintos organismos internacionales de protección de los derechos humanos han denunciado que varios niños y jóvenes indígenas estarían siendo actualmente procesados por los jueces penales chilenos -bajo la Ley 18.314 u otros regímenes jurídicos especiales- por conductas aludidamente cometidas en el contexto de las distintas manifestaciones públicas que ha realizado el pueblo Mapuche en los últimos años. Entre otras, se tiene información sobre los casos de José Antonio Ñirripil, Cristian Alexis Cayupan, Luis Humberto Marileo, Patricio Queipul, Leonardo Quijón, Rodrigo Huechipan y Jacinto Marín. A estos niños y jóvenes Mapuche se les estaría aplicando un régimen de procesamiento, investigación, sanción y juzgamiento especial, contenido en la legislación antiterrorista, y algunos de ellos se encontrarían privados de la libertad bajo detención preventiva u otras figuras afines; otros estarían en la clandestinidad. Estos niños y jóvenes estarían siendo procesados por hechos tales como: asociación ilícita terrorista, homicidio frustrado de carácter terrorista, robo con intimidación de carácter terrorista o incendio terrorista.

Además de la aplicación de la legislación antiterrorista en estos casos puntuales, el Estado Chileno ha emprendido una respuesta judicial a los movimientos, protestas y movilizaciones sociales del pueblo Mapuche, que incluye el sometimiento de jóvenes y niños Mapuche a procesos judiciales bajo la legislación penal ordinaria. En efecto, a muchos otros jóvenes Mapuche también se les está procesando penalmente bajo la legislación ordinaria aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley, por hechos cometidos durante el contexto de movilizaciones y protestas del pueblo Mapuche. Estos niños y jóvenes estarían siendo procesados por hechos tales como porte ilegal de armas, lesiones personales, daños a la propiedad, o lanzamiento de bombas incendiarias.

Actualmente, algunos de los jóvenes Mapuche procesados bajo la Ley 18.314 por delitos que cometieron supuestamente siendo menores de edad se encuentran en detención preventiva, y los jueces se han negado a levantar su privación de la libertad, o a sustituirla por otras medidas cautelares tales como la reclusión nocturna domiciliaria.

Recientemente, el Congreso Nacional de Chile aprobó la Ley 20.467, mediante la cual se modificaron algunas disposiciones de la Ley 18.314. Después de la última enmienda, la disposición relevante de la Ley 18.314 quedó así:

“Artículo 3º. Si las conductas tipificadas en la Ley Nº 18.314 o en otras leyes fueren ejecutadas por menores de dieciocho años, por aplicación del principio de especialidad se aplicarán siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley Nº 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente.
Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en la Ley Nº 18.314 actuar con menores de dieciocho años.”

Bajo la enmienda de la Ley 18.314, un niño o adolescente puede ser procesado por delitos terroristas, pero se le aplicará el régimen procesal y de rebaja de penas de la ley penal adolescente. La definición de los delitos y de las penas sigue siendo la que se establece en la Ley 18.314 para adultos, que contempla penas especialmente altas; de allí que, incluso cuando se aplica el procedimiento de determinación de penas y rebajas de la Ley 20.084, un adolescente podría quedar sujeto a penas altas de privación de la libertad. A los procesos penales que están en curso se les debería aplicar la enmienda reciente a la legislación antiterrorista, dado que las normas enmendadas son más favorables en términos sustantivos y procesales; sin embargo, se informa que los Tribunales, en los casos de algunos de los jóvenes Mapuche, han acogido una interpretación de la reforma a la Ley 18.314 en virtud de la cual se siguen aplicando los procedimientos establecidos en la ley antiterrorista, tales como la recepción de declaraciones de testigos protegidos o la aplicación de mayorías especiales para el levantamiento de medidas como la prisión preventiva. La reforma legislativa reciente de la Ley 18.314 tenía como uno de sus objetivos centrales limitar la aplicación de las reglas procesales y de determinación de sanciones allí contenidas, en forma tal que a los casos de adolescentes procesados penalmente se les habrían de aplicar, en vez de las normas de la legislación antiterrorista, las reglas procesales y de rebaja de penas de la Ley Penal Adolescente. Pese a ello, los adolescentes Mapuche procesados bajo la ley antiterrorista permanecen hoy en día bajo el régimen procesal y de privación de la libertad establecido en la Ley 18.314, sin acceso a los beneficios que establece la reforma. Como se demostró en el informe de fondo, la legislación antiterrorista de Chile, tanto en su formulación como en su aplicación por los jueces, es contraria a varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular los artículos 8, 9 y 24. En la misma línea, se tiene que la aplicación de las medidas restrictivas contempladas en la Ley Antiterrorista a niños y adolescentes -entre otras, el plazo de detención preventiva, el recurso a testigos de identidad reservada, u otras- es manifiestamente contraria a sus derechos.

Por otra parte, en el curso de la respuesta policiva y militar a las movilizaciones sociales del pueblo Mapuche, se ha denunciado reiteradamente ante diversas instancias internacionales que niños y jóvenes indígenas han resultado afectados en su vida y en su integridad física o psicológica. Distintas organizaciones protectoras de derechos humanos, así como agencias internacionales, han denunciado que las autoridades judiciales y policivas violan los derechos de los niños y jóvenes Mapuche, quienes han sido víctimas de detenciones arbitrarias, y en muchos casos han sido sujetos a interrogatorios sobre la ubicación de otros miembros del pueblo Mapuche; los interrogatorios a menudo son violentos, y ocurren durante los horarios escolares o cuando los niños y jóvenes se desplazan de sus viviendas a la escuela. Entre los hechos denunciados también se incluyen casos de afectación de la vida o la integridad personal de niños y adolescentes heridos por proyectiles de la fuerza pública o afectados por gases lacrimógenos; o de generación de miedo y traumas entre los niños y adolescentes por los operativos de allanamiento policial a viviendas, escuelas o comunidades. El Comité de los Derechos del Niño expresó en 2007 su preocupación por informes de sometimiento de niños y jóvenes indígenas a actos de brutalidad policial, por lo cual recomendó al Estado de Chile que asegurara que estos hechos no se presenten, y que adoptara medidas preventivas y correctivas cuando se sospeche que han ocurrido.¹

B. Parámetros jurídicos internacionales de obligatorio cumplimiento.

¹ ONU – Comité de los Derechos del Niño – 44 período de sesiones – Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile. Documento ONU CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 30.

La aplicación de la legislación antiterrorista a niños y adolescentes Mapuche, el procesamiento penal – así sea bajo la legislación ordinaria- de niños y adolescentes por hechos conexos al contexto de movilización y protesta social del pueblo Mapuche, y la afectación de los derechos básicos de niños y adolescentes indígenas por causa de las actuaciones de la Policía y la Fuerza Pública, son todos contrarios a algunos de los parámetros fundamentales provistos por el derecho internacional de los derechos humanos sobre los derechos de los niños y adolescentes. El Estado de Chile debe redoblar sus esfuerzos por garantizar que estos parámetros cruciales sean debidamente cumplidos por todas las autoridades públicas, ya que de lo contrario resultaría comprometida su responsabilidad internacional.

En primer lugar, a un nivel básico, la aplicación de la Ley 18.314 a una persona menor de 18 años presupone aceptar que un niño pueda ser tenido como terrorista. En criterio de quien suscribe el presente voto concurrente, si bien un niño o niña puede ser materialmente el autor de conductas criminales que encuadran bajo la definición legal del terrorismo, su nivel de volición y madurez impide por principio considerarlo algo distinto que una víctima de manipulaciones, esas sí criminales, realizadas por los grupos o personas que persiguen los objetivos políticos que caracterizan por definición la violencia terrorista. La connotación política y la estructura del tipo penal del terrorismo, con los elementos de motivación y predeterminación que le caracterizan, son tales que no se puede considerar terrorista a un niño o adolescente.

La aplicación de regímenes legales antiterroristas tales como el chileno también riñe con la preservación de los derechos de los niños y adolescentes en conflicto con la ley. En efecto, el régimen antiterrorista chileno es particularmente severo, y ha sido diseñado para responder con mayor contundencia a la comisión de actos criminales especialmente graves; las herramientas penales antiterroristas son, por ende, los instrumentos más restrictivos con los que cuenta el Estado para reprimir conductas que atentan contra la sociedad en su conjunto. En el caso de los sistemas penales para niños y adolescentes, por el contrario, debe haber una respuesta penal menos intensa, más cuidadosa en la determinación de las sanciones, orientada por un bajo nivel punitivo, que evita la privación de la libertad, sea orientada por la reinserción social, y por lo mismo permita un máximo contacto del supuesto menor infractor con la familia, la comunidad y la escuela. La aplicación de la legislación antiterrorista a los niños y adolescentes se opone, así, a la lógica misma de los sistemas de responsabilidad penal juvenil.

Cualquier niño o adolescente que entre en conflicto con la ley tiene una serie de derechos mínimos internacionalmente reconocidos; los niños o adolescentes que infrinjan la ley penal deben estar sometidos a sistemas de responsabilidad penal especiales. Las reglas y estándares internacionales aplicables a la justicia de menores se encuentran consagrados tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en otros instrumentos internacionales, tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil.²

La implementación de sistemas de responsabilidad penal especiales implica que a los niños y adolescentes se les deben aplicar reglas especiales de procedimiento, de determinación de sanciones, y de limitación de la privación de la libertad. Según ha explicado el Comité de los Derechos del Niño, las garantías establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño referentes a los niños o adolescentes de quienes se alega que han violado la ley penal, o a quienes se acusa o declara culpables de violar las leyes penales, incluyen el pleno respeto por sus derechos procesales, la elaboración y aplicación de medidas sin recurrir a procedimientos judiciales, y la privación de la libertad únicamente como medida de último recurso. Para el Comité, la Administración de Justicia de Menores debe promover, entre otras, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos o la justicia restitutiva, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño.³ El Estado de Chile ya cuenta con

² ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 4.

³ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 1, 3.

una legislación especial que establece los límites y características de la responsabilidad penal adolescente – la Ley 20.084 de 2007. Bajo esta legislación, el Estado chileno puede procesar y sancionar penalmente a mayores de 14 años y menores de 18 años, en forma respetuosa de los estándares internacionales: evitando la privación de la libertad, garantizando el debido proceso, y asegurando que las penas se orienten a la reinserción social de los adolescentes. Es difícilmente compatible con estos principios internacionales el someter a niños y adolescentes indígenas a procesos penales regidos por el procedimiento establecido en la Ley 18.314, que restringe significativamente el alcance de las garantías mínimas constitutivas del debido proceso, según se explicó en el informe de fondo del presente caso.

El principio del interés superior del niño debe ser el criterio guía para las actuaciones de los funcionarios públicos chilenos, incluidos los funcionarios de la policía, jueces, fiscales y defensores. En efecto, uno de los pilares de cualquier sistema de justicia penal de menores es el de la preservación del interés superior del menor. Este principio, en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.⁴ El alcance de este principio internacional ha sido delineado por el Comité de los Derechos del Niño, en los términos siguientes: “En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”.⁵ El principio de preservación del interés superior del menor infunde un contenido específico al sistema de justicia penal; así, el Comité de los Derechos del Niño ha explicado que “la protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva cuando se trate de menores delincuentes”.⁶ En el caso de los niños y adolescentes indígenas, el principio de preservación del interés superior del menor adquiere un contenido cualificado. En efecto, ha explicado el Comité de los Derechos del Niño 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. (...) 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.”⁷ La aplicación de la legislación antiterrorista chilena a un niño o adolescente indígena es incompatible con el principio de preservación del interés superior del niño.

Otro principio clave establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño es el del fomento de las intervenciones estatales no judiciales como primera medida de actuación estatal frente a los niños y jóvenes en conflicto con la ley. La política general de justicia de menores que los Estados están en la obligación de adoptar bajo la Convención sobre los Derechos del Niño ha de prestar especial atención a la adopción de medidas que permitan afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, párr. 56.

⁵ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

⁶ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

⁷ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párrs. 30-31.

judiciales.⁸ El Comité de Derechos del Niño ha explicado que “de acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tratarán de promover medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable”, por lo cual han de preverse “medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales)”⁹. Entre otras, ello previene la estigmatización de los niños o jóvenes correspondientes. El sometimiento de niños y adolescentes Mapuche a procesos penales judiciales, en tanto primer recurso de las autoridades, constituye un desconocimiento de esta obligación internacional del Estado de Chile.

La Convención sobre los Derechos del Niño, tal y como ha sido interpretada por el Comité de los Derechos del Niño, consagra una serie de principios fundamentales sobre el trato digno que se debe otorgar a los niños y adolescentes en conflicto con la justicia; estos principios incluyen: (i) otorgar un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño –“derecho inherente a la dignidad y el valor [que] debe respetarse y protegerse durante todo el proceso de la justicia de menores, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño”¹⁰-; (ii) otorgar un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros –principio que “requiere el pleno respeto y la aplicación de las garantías de un juicio justo (...). Si los principales agentes de la justicia de menores, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?”¹¹-; (iii) otorgar un trato que tenga en cuenta la edad del niño, y fomente su reintegración constructiva a la sociedad –principio que “se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato con el niño, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño”¹², y que implica que “todo el personal encargado de la administración de justicia de menores debe tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de éste, qué es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño”¹³-; y (iv) prohibir y prevenir todas las formas de violencia en el trato a los niños en conflicto con la justicia.¹⁴ Cuando se realicen intervenciones en el contexto de procesos judiciales, ha exigido el Comité de Derechos del Niño que “de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad, por ejemplo la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa. Para que el trato de un niño que tenga conflictos con la justicia promueva su reintegración se requiere que todas las medidas propicien que el niño se convierta en un miembro de pleno derecho de la sociedad a la que pertenece y desempeñe una función constructiva en ella.”¹⁵

⁸ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 4.

⁹ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 24.

¹⁰ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 13.

¹¹ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 13.

¹² ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 13.

¹³ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 13.

¹⁴ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 13.

¹⁵ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 29.

Ahora bien, cuando se inicien procesos judiciales por la autoridad competente, deben respetarse plenamente los principios del debido proceso de un juicio justo. Simultáneamente, ha explicado el Comité de los Derechos del Niño que “el sistema de justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso.”¹⁶ Todo niño o adolescente sometido a procesamiento penal debe recibir un trato justo y ser sometido a un juicio imparcial, con pleno cumplimiento de las distintas garantías del debido proceso establecidas en el artículo 40-2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas garantías incluyen la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, la presunción de inocencia, el derecho a ser escuchado, el derecho a una participación efectiva en los procedimientos, el derecho a recibir información directa y sin demora sobre los cargos, el derecho a asistencia jurídica u otra asistencia apropiada, el derecho a que se adopten decisiones sin demora y con la participación de los padres, el derecho a la presencia y examen de testigos, el derecho de apelación, el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete y el respeto pleno por su vida privada.¹⁷ Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha subrayado que “el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia de menores. Es fundamental impartir formación sistémica y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, (...) los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo (...).”¹⁸

De igual importancia resulta el respeto por el derecho de los niños indígenas a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, de conformidad con el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. A este respecto ha precisado el Comité de los Derechos del Niño que “en lo que se refiere a los diferentes niños indígenas, el Estado parte tiene la obligación de respetar el derecho del niño a expresar, directamente o por conducto de un representante, su opinión en todos los asuntos que lo afecten, así como de tener debidamente en cuenta esa opinión en función de la edad y la madurez del niño. Esa obligación ha de respetarse en cualquier procedimiento judicial o administrativo. Teniendo en cuenta los obstáculos que impiden que los niños indígenas ejerzan ese derecho, el Estado parte debería crear un entorno que aliente la libre expresión de la opinión del niño. El derecho a ser oído incluye el derecho a la representación, a una interpretación culturalmente apropiada y, asimismo, el derecho a no expresar la propia opinión”¹⁹. El Comité también ha recordado a los Estados partes que en virtud del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “todos los niños deberán tener la oportunidad de ser escuchados, ya directamente, ya por medio de un representante, en todo procedimiento judicial o penal que los afecte. En el caso de los niños indígenas, los Estados partes deberían adoptar medidas para proporcionar los servicios de un intérprete sin cargo alguno, de ser necesario, y para garantizar al niño asistencia letrada de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural”.²⁰

¹⁶ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 28.

¹⁷ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 40-67.

¹⁸ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 40.

¹⁹ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 38.

²⁰ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 76.

Se observa que algunos de los niños y adolescentes Mapuche procesados bajo la legislación antiterrorista se encuentran actualmente bajo detención preventiva, en contravía con los parámetros internacionales vinculantes para el Estado de Chile. La regla de privación de la libertad en tanto último recurso obedece a la necesidad de preservar el derecho al desarrollo de los niños o adolescentes en conflicto con la ley. Para el Comité de los Derechos del Niño, “el recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo”.²¹ En el mismo sentido, el Comité ha enfatizado que “los principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”²²; que “los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva”²³; que “la duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico”²⁴; que “toda decisión relativa a la prisión preventiva, en particular sobre su duración, incumbe a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y el niño deberá contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada”²⁵; y que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”²⁶.

C. El procesamiento penal de niños y jóvenes indígenas

El Comité de los Derechos del Niño ha explicado que los niños indígenas, por mandato de la convención sobre los Derechos del Niño, requieren medidas especiales de protección para el pleno disfrute de sus derechos²⁷; ha notado que “los niños indígenas afrontan considerables dificultades para ejercer sus derechos”²⁸, y ha expresado que “en contra de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, los niños indígenas continúan siendo objeto de graves discriminaciones en una serie de ámbitos”²⁹. Por ello ha afirmado que los niños indígenas tienen un derecho inalienable a no sufrir discriminación³⁰, y ha

²¹ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 11.

²² ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 79.

²³ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 80.

²⁴ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 80.

²⁵ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 81.

²⁶ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 82.

²⁷ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 5.

²⁸ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 5.

²⁹ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 5.

³⁰ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 23.

observado que “los niños indígenas están comprendidos entre los que necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños”³¹, medidas que deben incluir las que sean necesarias para facilitar su acceso a servicios culturalmente apropiados en el ámbito de la justicia juvenil. En todas sus actuaciones, las autoridades chilenas deben ser respetuosas de las particularidades culturales de niños, niñas y adolescentes indígenas, asegurando que tengan pleno acceso y goce a sus tradiciones, su lengua y su cultura.

Específicamente en lo atinente al sometimiento de niños y jóvenes indígenas al sistema de justicia de menores, el Comité de Derechos del Niño ha expresado su preocupación por el hecho de 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”; por ello, “para luchar contra esa elevada tasa de encarcelamiento, el Comité señala a la atención de los Estados partes el artículo 40, párrafo 3, de la Convención, con arreglo al cual los Estados deberán tomar medidas con respecto a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado. El Comité, en su Observación General No. 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, así como en sus observaciones finales, ha afirmado sistemáticamente que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño no deberían utilizarse más que como último recurso”³².

Uno de los principios centrales que deben observar los Estados al formular e implementar una política de justicia de menores es el de no discriminación, derivado del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal y como lo ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, los Estados Parte de dicha Convención “deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular (...) los niños indígenas (...). A este respecto, es importante, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores (...) y, por la otra, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización.”³³

En sus observaciones finales sobre Chile de 2007, el Comité de los Derechos del Niño expresó su preocupación porque la discriminación de la que son víctimas los niños indígenas chilenos; por ello, recomendó “que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención, y que adopte una estrategia proactiva e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo, y contra todos los grupos vulnerables en todo el país.”³⁴

Según ha sido descrito por distintas agencias internacionales³⁵, los niños y jóvenes del pueblo Mapuche expresan que son víctimas de discriminación social en general, por su apariencia física y sus nombres y

³¹ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 25.

³² ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 11 (2009) – Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 74.

³³ ONU – Comité de los Derechos del Niño: Observación General No. 10 (2007) – Los derechos del niño en la justicia de menores. Documento ONU CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 6.

³⁴ ONU – Comité de los Derechos del Niño – 44 período de sesiones – Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile. Documento ONU CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 30.

³⁵ http://www.unicef.org/adolescence/chile_39013.html

apellidos, que indicarían su pertenencia étnica. En contextos sociales no indígenas, muchos de ellos informan sentirse excluidos, despreciados o rechazados; igualmente sienten que al ser Mapuche, otras personas consideran que están en una clase social baja. Esta situación de discriminación es apuntalada por las condiciones de pobreza extremas y generalizadas del pueblo indígena Mapuche.

Sobre la base de este trasfondo discriminatorio, es indudable que el sometimiento de niños y adolescentes indígenas a un patrón de procesamiento penal bajo legislaciones restrictivas de sus derechos, en condiciones contrarias al principio de igualdad, sólo contribuirá a fortalecer esta percepción de discriminación sistémica y estructural, con los impactos individuales y colectivos que ello puede conllevar.

Es imperativo, en fin, que el Estado chileno se esfuerce por materializar, en el trato que dispensa a los niños y jóvenes indígenas, las garantías internacionales mínimas que se comprometió a respetar en relación con toda persona menor de 18 años de edad. En tanto sujetos vulnerables especialmente protegidos por el derecho internacional, los niños y adolescentes Mapuche tienen un catálogo de derechos fundamentales cuyo desconocimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado de Chile.