

SEMINARIO DE EXPERTOS SOBRE EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

Santiago, Chile (4-5 de diciembre de 2017)

“Consentimiento Libre, Previo e Informado y participación de la niñez y adolescencia indígena”

Ponencia/Autor: Elsy Curihuinca Neira¹

La Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN o la Convención), en su preámbulo reconoce todos los derechos proclamados y acordados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de derechos humanos, consagrando expresamente la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo.²

La CDN además contempla normas expresas para la infancia indígena en las siguientes materias: deber de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad (Art. 8); medios de comunicación y acceso a la información (Art. 17); protección y asistencia de niños privados del medio familiar (Art. 20 n°3); educación e identidad (Art. 29); a la propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o emplear su propio idioma (Art. 30); y el derecho de niños y niñas de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (Art. 31).

Dichas normas han sido complementadas y profundizadas por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo,³ la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,⁴ la Declaración Americana Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ entre otros instrumentos.

A modo de ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“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

¹Abogada. Magister © en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Diplomada en “Reconocimiento y Protección Jurídica de los Derechos de la Infancia Indígena”. Contacto: elsycurihuinca@gmail.com

²Preámbulo de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigencia 02 de septiembre de 1990.

³Convenio N°169 Organización Internacional Del Trabajo (1991), Arts. 28 y 29.

⁴Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), Arts. 14, 21, 7 y 17.

⁵Declaración Americana Sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016), Art. 7, 15, 17, 27 y 30.

⁶Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Art. 10 N° 3.

*indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma”.*⁷

De manera similar, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que la aplicación del principio del interés superior requiere particular atención en el caso de los niños indígenas:

*“En cuanto a la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se debería consultar a la comunidad indígena y se le debería dar la oportunidad 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”.*⁸

Lo anterior, da cuenta que tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano, se ha configurado un corpus iuris de infancia indígena⁹ que debe ser protegido, respetado y garantizado por los Estados.

Desde una interpretación pro persona, dinámica e integral¹⁰, cuando la Convención Sobre los Derechos del Niño reconoce la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo, no sólo otorga un estatus valioso a la diversidad cultural existente, sino que también, permite enlazar sus propios principios, como el interés superior del niño, a otros principios reconocidos a los pueblos indígenas, como la supervivencia cultural y la libre determinación.

Por lo mismo, es extremadamente relevante interpretar y aplicar las normas de la Convención Sobre los Derechos del Niño (y demás tratados internacionales de derechos humanos) en contexto.

Pero ¿por qué digo en contexto?

Los pueblos indígenas cuentan con mecanismos que pueden propiciar incluso una aplicación más efectiva de los derechos humanos, desde sus propias representaciones socioculturales.

Por ello, al momento de diseñar, ejecutar y evaluar medidas legislativas, administrativas y políticas dirigidas a la infancia indígena, es fundamental contar con la participación y consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de las entidades representativas de los pueblos indígenas (adultos) pero también, con la participación de niños, niñas y

⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso comunidad indígena XákmokKásek Vs. Paraguay. Sentencia de Fondo (2010).

⁸Comité de los Derechos del Niño, (2009). Observación General 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso ChitayNech y otros Vs. Guatemala, Sentencia de Fondo (2010).

¹⁰ Medina y Nash (s/f), Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p.18.

adolescentes miembros de esos colectivos, con metodologías diferenciadas y respetando sus propias representaciones socioculturales.

En ese sentido, propongo que se consideren los mecanismos de regulación con que los propios pueblos indígenas cuentan en materia de infancia, por ejemplo, el rol que niños y niñas tienen en sus propios territorios, las pautas de crianza, las tareas que llevan a cabo, los vínculos intergeneracionales de que forman parte, etc.

Si pensamos que las medidas afirmativas dirigidas a niños y niñas indígenas se establecen precisamente para superar el menoscabo que ellos y sus pueblos de origen han vivido históricamente, y que derivan del principio de no discriminación (necesarias para que el mismo Estado pueda cumplir con su obligación de respetar la igualdad), me pregunto lo siguiente:

¿Por qué no estamos incorporando y preparando gradualmente a las personas pequeñas en el ejercicio del derecho al consentimiento libre, previo e informado?

¿Acaso el principio de supervivencia cultural de los pueblos indígenas, no está estrechamente vinculado a la niñez?, ¿acaso no es parte de su formación comunitaria?

Que el Estado avance en la identificación de posibles espacios de participación infantil iniciados por las propias comunidades indígenas, es fundamental.

Sin embargo, si las comunidades no tienen experiencia en este ámbito, o bien, no consideran adecuada la participación infantil en los procesos de CLPI, debe respetarse esa decisión, apostando a un trabajo gradual de sensibilización. Son los propios pueblos indígenas los que debe tomar la iniciativa en ese tipo de decisiones, de acuerdo a sus propias pautas culturales. La participación infantil no debe ser impuesta.

Evidentemente este tema es complejo, más aún en un escenario de “consultas inconsultas” donde los propios adultos han visto muchas veces vulnerados sus derechos.

A modo de conclusiones:

De acuerdo a lo establecido por el corpus iuris de infancia indígena, el ejercicio de los derechos individuales de niños y niñas indígenas, también depende del cumplimiento de los derechos colectivos de que son titulares sus pueblos de origen, entre ellos, el derecho de libredeterminación y supervivencia cultural, corolarios de los principios conexos de derechos humanos.

Por lo anterior, considero necesario relevar el rol que niños y niñas tienen en los proyectos colectivos de sus pueblos, fomentando gradualmente su participación. Al momento de diseñar, ejecutar y evaluar medidas legislativas, administrativas y políticas dirigidas a la infancia indígena, es fundamental contar con la participación y consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de las entidades representativas de los pueblos indígenas (adultos) pero también, fomentar la participación de niños, niñas y adolescentes miembros de esos colectivos, siempre que sus comunidades de origen lo consientan.

Bibliografía

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 27 de junio de 1989, entrada en vigencia el 05 de septiembre de 1991.

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigencia 02 de septiembre de 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso ChitayNech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N° 212, párr.165, 169.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena XákmokKásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Párr. 261.

Declaración Americana Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 14 de junio de 2016.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007.

Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Medina y Nash (s/f), *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, pdf, (fecha de consulta: 18 de octubre de 2017). Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/244.pdf>

ONU, Comité de los Derechos del Niño (2009) “Observación General N° 11”, Párr. 30 y 31.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptada el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigencia el 03 de enero de 1976.