

EL DIFÍCIL CAMINO A LA CONSOLIDACIÓN DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA VIOLENCIA EN CONTRA DE LOS NIÑOS COMO NORMA DE *IUS COGENS*. EL CASO DE LOS NIÑOS MAPUCHES

María Lorena Rossel Castagneto¹
Universidad de las Américas
Categoría Docentes

Asumirás la voz de un pueblo,
y será la voz de tu pueblo,
y serás, para siempre, pueblo.
Vicent Andrés Estellés,
“Propiedades de la Pena (II)”.

Sumilla

El respeto de los derechos de los niños es, en la actualidad, uno de los grandes desafíos para el Estado, toda vez que constituye obligaciones *erga omnes*, derivadas tanto de la amplia adhesión que ha tenido la *Convención sobre Derechos del Niño* como del desarrollo progresivo de estos derechos de parte de tribunales y organismos internacionales, muchos de los cuales son órganos de control de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dichas obligaciones son normas de *ius cogens*, y constituyen el núcleo duro de los derechos del niño; por tanto, el Estado no puede transgredirlas. Sin embargo, muchos de estos organismos internacionales han advertido que en Chile se ha vulnerado sistemáticamente los derechos de los niños mapuches, debido a la violencia desmedida que ejerce la policía contra dicha población, lo cual es inaceptable en el estado de desarrollo actual de los derechos humanos. El presente trabajo pretende precisar qué son las normas de *ius cogens*, para luego identificar el núcleo duro de los derechos del niño en lo relativo a la prohibición de violencia en contra de ellos, para finalmente demostrar que el Estado de Chile vulnera normas de la más alta jerarquía en el derecho internacional, como son las normas de *ius cogens*.

El creciente proceso de especificación de los derechos humanos ha traído consigo el reconocimiento de ciertos derechos esenciales respecto de grupos que se consideran vulnerables debido

¹ Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Valparaíso. Académica de la Universidad de las Américas. Contacto: mrossel@udla.cl

a que están más expuestos a sufrir la trasgresión de sus derechos. Así, durante las últimas décadas los derechos de los niños se han desarrollado progresivamente, en especial gracias a la *Convención sobre Derechos del Niño (CDN)*, la labor del Comité de Derechos del Niño, y la doctrina y la jurisprudencia de tribunales internacionales e internos, de tal modo que muchos de los derechos enunciados en la Convención son normas imperativas de derecho internacional general o normas de *ius cogens*, que constituyen el núcleo duro de los derechos del niño. La universalidad e inderogabilidad de las normas de *ius cogens* les otorga la más alta jerarquía en el derecho internacional, por lo que su vulneración es sancionada con la nulidad de cualquier norma que se oponga a ellas y su incumplimiento genera responsabilidad internacional de parte del Estado. Sin embargo, esto contrasta con la realidad de muchos niños al interior de Estados que, si bien han ratificado la CDN, no cumplen con sus disposiciones. Dicha vulneración es más grave aun cuando proviene de órganos del Estado, por cuanto este tiene la función de garante de dichos derechos.

Si bien el Estado de Chile ha ratificado la CDN, informes de distintas instituciones internas, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, e internacionales, como el Comité de Derechos del Niño, han constatado que en Chile se ejerce violencia policial desmedida en contra de los niños mapuches, lo cual genera daños graves e irreparables en su salud, sin que el Estado sancione a los responsables de estos atropellos. En el avanzado estado de desarrollo progresivo de los derechos humanos hoy, resulta inaceptable que un Estado democrático viole sistemáticamente los derechos humanos de quienes debe proteger, por lo que es de suma importancia identificar cuál es el núcleo duro de los derechos de los niños, para determinar que la violencia policial que sufren los niños mapuches no solo constituye una vulneración a sus derechos fundamentales, sino una vulneración de derechos que son esenciales para la comunidad internacional en su conjunto.

El objetivo de este trabajo es definir las normas de *ius cogens* e identificar sus características, para luego describir los derechos del niño que constituyen este tipo de normas. Finalmente, se retratará la violencia que sufren los niños mapuches por parte de la Policía chilena, de tal manera que se derive que dichas acciones no solo constituyen una infracción a las normas de la *Convención de Derechos del Niño*, sino que además constituyen vulneración a normas imperativas de derecho internacional general.

Sobre las Fuentes del Derecho Internacional, las Normas de Ius Cogens y las Obligaciones Erga Omnes. Hacia la Determinación de Núcleo Duro o Irreductible de los Derechos del Niño

Como señala Diez de Velasco (1991), la soberanía del Estado trae consigo los dos rasgos formales más característicos del derecho internacional contemporáneo: su voluntarismo y su relativismo. En efecto, el derecho internacional es eminentemente voluntarista, en el sentido de que las normas que lo componen resultan obligatorias en la medida en que hayan sido aceptadas por los destinatarios de las mismas, y ello no solo en cuanto a su creación jurídica, sino además en lo relativo a su aplicación. De esta característica del derecho internacional contemporáneo se desprende el otro rasgo fundamental, el relativismo, que implica que los Estados, en principio, solo resultan obligados por normas que hayan consentido libremente y, en general, “no se [encuentran] obligados por reglas que no han consentido” (Remiro, 2007, p. 40). Así, mientras mayor sea el número de Estados que ratifican un tratado, mayor será la obligatoriedad de este. Sin embargo, como manifestación de su soberanía, el Estado mantiene

la posibilidad de oponerse a la formación de una costumbre, formular reservas a los tratados o incluso derogar normas dispositivas generales mediante acuerdos particulares.

A su vez, Carrillo Salcedo señala lo siguiente:

Junto al clásico principio de la soberanía, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos. . . La innovación que en este orden de cosas introdujo la Carta de las Naciones Unidas - con la proclamación de la noción jurídica de la dignidad de todo ser humano y la afirmación del respeto universal de los derechos humanos, unida a la obligación de los Estados miembros de tomar medidas para la realización de dicho propósito. (1995, pp. 69-70)

Esta dinámica ha contribuido a que las organizaciones internacionales impongan límites a la discrecionalidad de los Estados, en especial gracias a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, por medio de la adopción de tratados multilaterales de contenido normativo, que contribuyen a la determinación y precisión de las normas consuetudinarias, lo cual hace progresar el derecho internacional (Diez de Velasco, 1991, p. 67). Este tipo de tratados, como señala Carrillo Salcedo (1995), tienen la virtud de atenuar

la dimensión contractualista de los tratados, en la medida en que la regulación convencional sobordina la reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados parte, ya que estos buscan la consecución de un interés común más que la satisfacción de intereses particulares. (p. 101)

Ello ha contribuido a erosionar y relativizar el principio de la soberanía del Estado, aunque en modo alguno este ha sido desplazado o eliminado (Carrillo, 1995).

Agrega Carrillo que “los derechos humanos han puesto de manifiesto que las obligaciones no derivan exclusivamente de la voluntad de los Estados. . . sino también de” principios generales del derecho, y así lo ha puesto de manifiesto la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las reservas a la *Convención sobre Prevención y Sanción del Genocidio* de 1951, en la cual se expresó que tal instrumento contiene “principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional” (1995, pp. 102-103). En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en numerosas sentencias, como la relativa al estrecho de Corfú, del 9 de abril de 1949; la relativa al asunto Barcelona Traction, del 5 de febrero de 1970; la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia, del 21 de junio de 1971; y la sentencia sobre asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua, del 27 de junio de 1986.

De esta manera, como señala Carrillo Salcedo (1995), la CIJ, sin ignorar el papel del consentimiento del Estado en la creación de normas internacionales, ha ido elaborando una concepción de principios generales del derecho, que denomina *principios constitucionales del derecho internacional contemporáneo*, y los derechos humanos han sido terreno fértil para ello. En efecto, difícilmente puede encontrarse otra materia en la que se demuestre de manera tan clara “la manifestación de un consenso general de los Estados” (p. 103). Estos principios generales del derecho constan en tratados internacionales y en otros instrumentos, tales como las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la *Carta de las Naciones Unidas* y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en el ámbito universal (Carrillo, 1995).

Por su parte, en el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha constatado la existencia de estos principios generales del derecho y le ha dado valor

a un instrumento no convencional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Opinión consultiva OC-10/89, denominada *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*². Allí se constata lo siguiente:

La Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere materia de derechos humanos, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA. (1989, párr. 43)

En el mismo documento, se concluye que “la circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto” (párr. 47).

De lo anteriormente expuesto, surge la noción o postura doctrinal según la cual existe un núcleo duro de derechos fundamentales que son absolutos e inderogables, que estaría compuesto por un conjunto de principios que tienen vigencia incluso al margen de todo vínculo convencional (Carrillo, 1995). Este núcleo duro de los derechos fundamentales concretamente estaría contenido no solo en la *Carta de las Naciones Unidas*, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, sino también en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* –artículo 4.2–, la *Convención Europea de Derechos Humanos* –artículo 15.2– y la *Convención Americana de Derechos Humanos* –artículo 27.2–. Los derechos que comprendería este núcleo duro serían el derecho a la vida; el derecho a no sufrir torturas ni penas, o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; y el principio de legalidad en materia penal (Carmona, 2011).

El fundamento para establecer un núcleo duro de derechos fundamentales, como señala Carrillo (1995), es ético. En ese sentido, radica en la necesidad de poseer ciertas leyes de humanidad o exigencias de conciencia pública –como señalan los preámbulos de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, relativas a leyes de guerra–. Estas, progresivamente, han ido impregnando la doctrina y la jurisprudencia internacional, y se han elaborado nociones tales como *normas de ius cogens* y *obligaciones erga omnes*. Un ejemplo de cómo la jurisprudencia ha incorporado estas nociones es la opinión individual del juez Schücking, en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativa al asunto Oscar Chinn, del año 1934, en la que sostuvo la existencia de normas de *ius cogens* “de tal modo que todo acto efectuado en contravención con una obligación imperativa es nulo de pleno derecho” (Carrillo, 1995, p. 107). Posteriormente la CIJ tuvo la oportunidad de referirse a ciertas consideraciones de humanidad contenidas en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, y en la sentencia de 9 de abril de 1949, relativa al asunto del estrecho de Corfú, en la cual señala la existencia de “ciertos principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra” (CIJ, 1948). Del mismo modo, cabe resaltar el extraordinario desarrollo que han tenido las normas de la *Carta de las Naciones Unidas*, tanto gracias a las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas como gracias a convenios internacionales, junto con el también extraordinario desarrollo normativo del derecho internacional humanitario en las Convenciones

2 Opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989

de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales de 1977 (Carrillo, 1995). Tal como señala Carrillo, existe una “aceptación general de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de todo ser humano” (1995, p. 107) que ha quedado de manifiesto en la jurisprudencia internacional, en convenciones e instrumentos internacionales que se refieren a ella, y que constituiría la principal fundamentación de los derechos humanos.

Hacia una Definición de las Normas de *Ius Cogens*

Como señala Antonio Remiro Brotons (2007), la idea de *ius cogens* –que surge del *ius preceptivum*, al que se refería Francisco de Suárez en el siglo XVII– dejó el terreno doctrinal para adentrarse en la práctica de los Estados, y en los procesos de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

El primer instrumento codificador de las normas de *ius cogens* es la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que señala lo siguiente:

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario –“*aucune dérogation n'est permise*”, según el texto francés– y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (1969, art. 53)

Del concepto acuñado en la *Convención de Viena*, se desprenden una serie de características de las normas imperativas de derecho internacional general, o normas de *ius cogens*, que permiten dilucidar si las normas de la CDN pueden considerarse parte del exclusivo grupo de normas a las que se les ha conferido esta categoría en el derecho internacional. Sin embargo, uno de los primeros problemas que se advierte respecto del concepto señalado es su falta de precisión, lo cual se debe probablemente a las dificultades para lograr acuerdo en su redacción, entre quienes preferían que la convención enumerara las normas de esta categoría y quienes se oponían a ello por temor a la petrificación de una materia esencialmente dinámica (Remiro, 2007).

En todo caso, las normas de *ius cogens* tienen un carácter excepcional, por cuanto constituyen un límite a la autonomía de la voluntad de los Estados, esto es, a su libertad contractual, autonomía que en el derecho internacional contemporáneo se ha configurado como uno de los atributos esenciales de la soberanía de los Estados. La existencia de este tipo de normas en el derecho internacional se ha justificado argumentando que protegen los derechos más elementales, los valores de la comunidad internacional en su conjunto, como ocurre con las normas relativas a los derechos humanos, o de una importancia tal que su no aplicación expondría a la humanidad a un grave peligro, como la norma que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (Virally, 1997).

Como señala Carmona (2011), las normas de *ius cogens* han constituido “un particular régimen de tutela colectiva y de responsabilidad” (p. 378) del Estado por violaciones de estas normas, aunque no se ha desarrollado plenamente en el derecho internacional contemporáneo. Aunque resistidas por algunos, este tipo de normas responden a la necesaria complementariedad entre voluntad del Estado y obligatoriedad extrínseca. Como se señaló anteriormente, la existencia de las normas de *ius cogens* permite, de alguna manera, desplazar el principio de soberanía del Estado en pos de intereses y valores colectivos esenciales para la comunidad en su conjunto, lo cual genera obligaciones para todos quienes la componen, por tanto obligaciones *erga omnes*.

En el caso Barcelona Traction, la CIJ indicó sobre las normas con naturaleza de *ius cogens* que:

Estas obligaciones resultan, por ejemplo, del Derecho Internacional Contemporáneo de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. (p. 31)

Por su parte, señala Pastor Ridruejo (1992) que la doctrina —en especial Carrillo— también ha contribuido a precisar qué normas tienen el carácter de *ius cogens* por responder a un mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional requiere para su pervivencia, como la existencia de los derechos fundamentales de la persona humana, el derecho de los pueblos a su libre determinación, la prohibición del recurso a la fuerza o a la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales, la obligación pacífica de las controversias, la igualdad de status jurídico de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos de los Estados.

De entre estos principios, destaca Carrillo Salcedo (1995) los derechos de la persona humana, que responden al proceso de humanización que ha vivido el derecho internacional contemporáneo, y, en especial, a la estructura esencialmente abierta y dinámica de las normas imperativas. Sin embargo, gracias a la estructura esencialmente dinámica de las normas de *ius cogens*, nada impide que surjan nuevas normas de imperativas de derecho internacional general.

Prohibición de ciertas Formas de Violencia, *Ius Cogens* y los Derechos del Niño

Los derechos del niño forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, todo niño goza de ciertos derechos inherentes a su condición, así como de la protección que este grupo de normas le dispensa. Además, como sostiene Carmona Luque (2011), en la CDN es posible encontrar una norma imperativa de derecho internacional general, que consiste en la obligada invocación y ponderación específica de los derechos del niño en cualquier situación en donde pueda estar involucrado.

Uno de los primeros criterios que permiten identificar las normas de *ius cogens* en la CDN, según señala Carmona (2011), sería la atención al sufrimiento de las víctimas, esencial para determinar la universalidad y generalidad de las normas de *ius cogens*, que en el caso de los niños destaca cuando son víctimas de tratos inhumanos o degradantes, que incluyen a la esclavitud y a la tortura. En efecto, añade Carmona (2011), la atención al sufrimiento de las víctimas, al igual que la generalidad de las normas de *ius cogens* en el ámbito de los derechos humanos, impone obligaciones negativas respecto de las prácticas que implican un serio daño a las personas que las padecen. Así, prácticas tales como la esclavitud, la tortura, los tratos crueles o degradantes, y la discriminación o el genocidio no encuentran ninguna justificación por razones culturales, económicas o sociales, y no cabe ninguna duda sobre el carácter imperativo de su prohibición, lo cual constituye un elemento universal de identificación.

En lo que se refiere a los derechos del niño, se advierte claramente este criterio identificador, en especial, en los trabajos del Comité de Derechos del Niño sobre la violencia ejercida contra menores de edad. La condición particular del niño y su especial vulnerabilidad, sumada al criterio del sufrimiento de las víctimas, permite delimitar mejor las situaciones de violencia que podrían constituir normas de *ius cogens* (Carmona, 2011). Siguiendo con esta argumentación, Carmona (2011) sostiene que no existe ninguna duda respecto de que la prohibición

de la pena de muerte en menores de 18 años es una norma de *ius cogens*. La evolución que ha tenido esta prohibición en los distintos ordenamientos internos, instrumentos del derecho internacional humanitario³ y otros instrumentos internacionales⁴ refuerza esta idea.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció sobre la prohibición de la pena de muerte respecto de menores de edad en el Asunto Terry Roach and Jay Pinkerton (CIDH, 1987). En dicha oportunidad el gobierno norteamericano sostuvo que no era parte de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y que dicha convención no constituía derecho consuetudinario, puesto que “la mayoría de edad para efectos de la imposición de la pena de muerte no es una práctica uniforme de los Estados” (CIDH, 1987, párr. 38.g). A su vez, señaló que la CIDH solo podía analizar el caso a la luz de lo señalado en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, que los Estados Unidos sí habían adoptado.

Sin embargo, la CIDH consideró “que los Estados miembros de la OEA reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidos” (como se citó en Núñez, 2001, pp. 226-228). Sin embargo, tal como destaca Núñez (2001), en dicha oportunidad la CIDH estuvo de acuerdo con la posición de Estados Unidos respecto a que “no existe. . . una norma consuetudinaria en el derecho internacional que establezca la edad de 18 años como edad mínima para la imposición de la pena de muerte” (párr. 60). No obstante, hizo notar lo siguiente:

Dicha norma está emergiendo, en vista del número creciente de países que han ratificado la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y que debido a ello han modificado su legislación interna para conformarla a dichos instrumentos. (Núñez, 2001, p. 227)

Cabe hacer presente que en 2005 la Corte Suprema norteamericana, en el caso *Roper vs. Simmons*, declaró que era inconstitucional aplicar la pena de muerte en niños (Ragués i Vallès, 2009), con lo cual confirmó la universalidad de dicha norma, siempre que sea aplicada en el interior de los Estados, incluso por aquellos que no han ratificado los instrumentos internacionales que determinan su prohibición.

Posteriormente, la CDN, como instrumento universal, codifica en su artículo 37.a una norma de derecho internacional anterior, que cristaliza y transforma en una norma imperativa de derecho universal (Carmona, 2012). Cabe recordar que cuando un tratado multilateral recoge una norma que tuvo su origen en una costumbre de carácter general, pero que hasta entonces se encontraba en vías de formación –*in status nascendi*– dicho tratado tiene un efecto cristalizador respecto de esa costumbre. Dicha norma vuelta costumbre a través del proceso de cristalización vincula a todos los Estados que no se hayan opuesto a la de manera expresa a su creación como costumbre y a aquellos que sean parte de dicho tratado. Gracias a este efecto, se facilita la identificación de los elementos de la costumbre –práctica y *opinio iuris*– que aceleran su formación, perfilan su contenido y ámbito de aplicación, y contribuyen a unificar las prác-

3 Por ejemplo el *Convenio de Ginebra*, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 –artículo 12– y sus protocolos adicionales.

4 Por ejemplo, el *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos* –artículo 6.5–, las *Reglas de Beijing* y la *Convención Americana de Derechos Humanos* –artículo 4.5–.

ticas divergentes (Remiro, 2007). Así lo declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969). De esta manera la CDN, al recoger la costumbre que prohíbe la imposición de la pena de muerte en menores de 18 años, que se encontraba en vías de formación, la consolida, confirmando y fortaleciendo dicha norma, sin que se pueda luego discutir su obligatoriedad. Finalmente, cabe recordar las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, que en el 103º periodo de sesiones, del 17 de octubre al 4 de noviembre de 2011, CCPR/C/IRN/CO/3, en el documento denominado *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 40 del Pacto*, recomendó al Estado de Irán lo siguiente:

El Estado parte debe poner fin inmediatamente a la ejecución de menores y, además, modificar el proyecto de ley de investigación de delitos cometidos por menores, así como el proyecto de código penal islámico, con el fin de abolir la pena de muerte para las personas que hubieran cometido un delito cuando eran menores de 18 años. Debe también conmutar todas las condenas a muerte dictadas contra delincuentes que hubieran cometido un delito cuando eran menores de 18 años. (párr. 13)

Del mismo modo, el Comité de Derechos del Niño, en el documento denominado *Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Tercero y Cuarto de la República Islámica de Irán*, insta a dicho Estado a poner fin a la ejecución de menores de 18 años de edad. Ello confirma que la prohibición de la aplicación de la pena de muerte en niños menores de 18 años constituye una norma de *ius cogens* para el derecho internacional.

En segundo lugar, destaca Carmona (2011), también tendría el carácter de norma de *ius cogens* la prohibición de ciertas prácticas calificadas de la siguiente manera:

Formas contemporáneas de esclavitud, están el matrimonio precoz y forzado de menores de edad; el tráfico, venta o trata de niños; las calificadas como “peores formas de trabajo infantil”; la participación de menores de 18 años en conflictos armados; las prácticas tradicionales nocivas para la salud y el desarrollo del niño –tales como la mutilación genital femenina, la alimentación forzosa u otras–; etc. (Carmona, 2011, p. 393)

En dichos casos, de la labor que han realizado los órganos especializados de la Organización de las Naciones Unidas y el Comité de Derechos del Niño se desprende que existe un consenso generalizado en cuanto a condenar dichas prácticas, de manera que su prohibición constituiría normas de *ius cogens*.

En tercer lugar, sobre la prohibición de la tortura, y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, también existe reconocimiento doctrinal y jurisprudencial –sobre la base de la interpretación de instrumentos internacionales– en cuanto a que constituyen normas de *ius cogens*. Como destaca Aguilar (2006), *la Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (1984) y *la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (1985), son dos instrumentos clave en dicha materia, ya que definen la tortura y, además, de ellos emana no solamente la prohibición de la tortura, sino además la obligación del Estado de prevenir, investigar y perseguir estos actos, que “tendrían naturaleza *erga omnes* y pertenecerían al *ius cogens* internacional” (Aguilar, 2006, p. 144). Agrega Aguilar que “no solo la doctrina, sino que diversos órganos e instituciones internacionales, se han pronunciado reiteradamente” (2006, p. 145) sobre el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura. A modo de ejemplo, cita la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

en el caso Furundzija, en el que el Tribunal configura la “prohibición de la tortura como una obligación *erga omnes* cuya vulneración otorga a cualquier otro miembro de la comunidad internacional derecho a solicitar su cesación” (Aguilar, 2006, p. 146):

La prohibición de la tortura se ha convertido en uno de los principios básicos de la comunidad internacional alcanzando la categoría de *ius cogens*, lo que la dota de un rango jerárquico superior, no pudiendo ser derogada por tratados o costumbres internacionales.⁵ (Aguilar, 2006, p. 146).

Del mismo modo, se han pronunciado sobre el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura la Corte IDH, en el caso Tibi vs. Ecuador (2006) y en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005). Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció el carácter de norma de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura en el caso Al-Adsani vs. The United Kingdom, mediante la sentencia del 21 de noviembre de 2001. Del mismo modo, distintos tribunales nacionales han reconocido dicho carácter, por ejemplo en Norteamérica y en España, incluido el Tribunal Constitucional español y la Cámara de los Lores, que en numerosas sentencias han ratificado que la prohibición de la tortura constituye una norma de *ius cogens*.

Mediante una interpretación extensiva de este tipo de normas, Carmona (2011) también incluye entre las normas de *ius cogens* la prohibición de la violencia en contra de niños, en especial del empleo de castigos corporales.

Carmona sostiene que la prohibición de los castigos corporales respecto de niños constituye una norma de *ius cogens*, y ella se derivaría de la interpretación sistemática de varios instrumentos. En primer lugar, del “derecho de toda persona al respeto de su dignidad, de su integridad física y a gozar de igual protección ante la ley” proclamado en los tratados internacionales y, en especial en la CDN; en segundo lugar, de la interpretación del Comité de los Derechos del Niño en la *Observación general n.º. 8*, que define castigos corporales como “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve” (2006, párr. 11); y, por último, debido a que el Comité de Derechos del Niño ha considerado los castigos corporales como denigrantes.

A ello, Carmona añade que “hay otras formas de castigo no físicas, pero igualmente crueles y degradantes y, en ese sentido, incompatibles con la Convención” (2011, p. 395). También el Comité de Derechos del Niño ha vinculado o identificado estas prácticas con la tortura o con actos crueles, inhumanos o degradantes, y otros órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos han seguido el mismo camino, como el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité contra la Tortura; y el Comité Europeo de Derechos Sociales. Se han pronunciado en el mismo sentido, en instancias jurisdiccionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte IDH, y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El Comité de Derechos Humanos, en la *Observación general n.º. 20*, indica lo siguiente:

Es más, a juicio del Comité, la prohibición debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria. A este respecto, conviene subrayar que el artículo 7 protege, en

5 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Case IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998): considerandos 148 a 150

particular, a los niños, a los alumnos y a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas. (1992, párr. 5)

Del mismo modo, en la Resolución 2000/43, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas “recuerda que el castigo corporal, incluido el de los niños, puede ser equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante, e incluso a un acto de tortura” (2000, párr. 3).

Finalmente, como recuerda Nogueira (2017), la Corte IDH, en el Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil, del 30 de noviembre de 2005, determinó acerca de menores privados de libertad lo siguiente:

Están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. (párr. 13, como se citó en Nogueira, 2017, p. 428)

Para Carmona (2011), todas estas aportaciones demuestran que, en el derecho internacional, existe un rechazo a la violencia contra los niños, y concluye que la prohibición de los castigos corporales se encuentra inserta en una noción más amplia y general que prohíbe todo tipo de violencia contra los niños, la cual está en vías de convertirse en una norma de *ius cogens*.

En efecto, coincido con Carmona (2011) en el hecho de que si bien la prohibición de los castigos corporales se encuentra inserta en una norma más amplia y general que prohíbe la violencia contra los niños, esta aún no constituye por sí sola una norma de *ius cogens*. La CDN, en sus artículos 19 y 24.3, solo hace somera referencia a los malos tratos, y entrega a los Estados la facultad de adoptar las medidas para evitarlos: así, le otorga discrecionalidad para calificar en qué consisten los malos tratos y cómo evitarlos. Si bien el desarrollo posterior de la doctrina y de la jurisprudencia, así como las resoluciones de organismos internacionales previamente aludidas, hacen referencia a la conexión entre los castigos corporales, y la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, considero que ello no es suficiente para que se convierta en una norma de *ius cogens*, aunque el dinamismo de este tipo de normas y el desarrollo progresivo del derecho internacional podrían convertir la prohibición de los castigos corporales en normas imperativas, per se. Ahora bien, si ese maltrato constituye un trato cruel, inhumano o degradante, estaría inserto en la norma de *ius cogens* que prohíbe la tortura.

Violencia en contra de la Infancia Mapuche y Vulneración de Normas de *Ius Cogens* por Parte del Estado de Chile

A pesar de que el Estado de Chile ha recibido sendas recomendaciones por parte de diversos organismos internacionales respecto de la situación que vive el pueblo mapuche en la Araucanía, se advierten pocos avances en cuanto a la situación de los niños que forman parte de esta etnia, quienes son víctimas de maltrato por parte de la Policía chilena.

Así, en 2003 se emitió el *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*, presentado de acuerdo con la resolución 2003/56 de la Comisión. En dicho informe, el relator especial Stavenhagen constató lo siguiente:

A pesar de los esfuerzos realizados desde el retorno de la democracia al país, la población indígena sigue estando marginada del reconocimiento y la participación en la vida pública del país, como resultado de una larga historia de negación, exclusión socioeconómica y discriminación por parte de la sociedad mayoritaria. Chile aún no ha realizado una reforma constitucional ni ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales de 1989. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2003, resumen)

Asimismo, Stavenhagen destacó los altos índices de pobreza y el bajo nivel de bienestar de los pueblos indígenas, que permanecían por debajo del promedio nacional, de tal manera que era posible constatar que las políticas asistenciales del Estado, hasta la fecha, habían resultado insuficientes para revertir dicha situación. Señaló además su preocupación por

la falta de seguimiento y atención rigurosa a las necesidades de las comunidades indígenas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, lo que agrava su situación de vulnerabilidad y extrema pobreza, la cual es particularmente preocupante en el caso de los mapuches. Los porcentajes de indigencia y de analfabetismo entre la población indígena y, en particular, entre los mapuches, sobrepasan en más del doble la media nacional, y son particularmente elevados entre las mujeres y los niños. (2003, párr. 51)

No obstante, la principal preocupación del relator especial estuvo dirigida a la aplicación de la *Ley 18.314, Ley que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad*, (en adelante *Ley Antiterrorista*) contra el pueblo mapuche. Constató que, a pesar de que en Chile se estaba aplicando un procedimiento penal reformado, la *Ley Antiterrorista* modificaba en algunos aspectos dicho procedimiento: por ejemplo, devolvía ciertos elementos de secreto que poseía el antiguo procedimiento, forzaba la aplicación de la detención provisional y agravaba las penas por ciertos delitos (ONU, 2003). Además, en el considerando 36 se señala que cuando participa algún/a agente de la fuerza pública como posible responsable de un delito o como víctima, el proceso debe ser sustraído del fuero penal común y, por tanto, de la acción del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, y pasar al fuero de los tribunales militares, donde será resuelto de acuerdo con sus propios procedimientos. Adicionalmente, hace alusión a la opinión de varios especialistas, que coinciden en lo siguiente:

Esta combinación entre nuevo procedimiento penal, ley antiterrorista y fuero militar establece una condición de vulnerabilidad del derecho al debido proceso, que afecta de manera selectiva a un grupo claramente identificado de dirigentes mapuche. Esto resulta preocupante, independientemente de la gravedad de los hechos en que hubieren estado involucrados, en lo que se refiere al respeto de su derecho a un debido proceso. (ONU, 2003, cndo. 37)

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, en el 44º período de sesiones, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al artículo 44 de la convención, explicitó lo siguiente:

Lamenta que aún no se hayan incorporado en la Constitución disposiciones específicas que reconozcan a los pueblos indígenas y sus derechos. Expresa su preocupación por el alto grado de correlación entre la pobreza y el origen indígena y por la discriminación de hecho que siguen sufriendo los niños indígenas, en particular en la educación y la salud. El Comité celebra que se hayan adoptado medidas para establecer un programa de enseñanza bilingüe, pero observa que la cobertura y los recursos de éste son limitados y que siguen siendo altas las tasas de abandono. (2007, párr. 73)

Pero, sobre todo, señala su preocupación por la noticia “recibida de que jóvenes indígenas han sido víctimas de maltrato a manos de la policía” y “lamenta que no se haya presentado información detallada sobre [la situación de] los niños indígenas en el informe del Estado Parte” (2007, párr. 73). Finalmente, en el párrafo 74, hace recomendaciones a Chile para que “vele por que los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos”. Asimismo, insta a que el Estado “tome debidamente en cuenta las recomendaciones adoptadas por el Comité tras el día de debate general en septiembre de 2003, sobre los derechos de los niños indígenas y preste especial atención a las recomendaciones presentadas en el informe de la misión realizada en Chile en 2003 por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas” (2007, párr. 74.e).

Luego se emitió el *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas* (ONU, 2009), donde indicó lo siguiente:

[Persisten] en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas. De acuerdo a la encuesta Casen 2006, todavía persiste en Chile una marcada discriminación en los ingresos entre personas indígenas y no indígenas, y desigualdades en la cobertura de seguros de salud y previsión. (párr. 8)

En cuanto a las alegaciones de violencia y maltrato policial que constató el relator anterior, Anaya mostró preocupación por el hecho de que “en algunos de estos allanamientos se ha denunciado uso excesivo y desproporcionado de armas de fuego y gases lacrimógenos, así como la existencia de golpes e insultos por parte de la policía en contra de la población indígena, afectando a mujeres, niños y ancianos” (ONU, 2009, párr. 42). Asimismo, resaltó la información recibida respecto de que la acción de la Policía ha tenido como resultado la muerte de jóvenes mapuches, como Matías Catrileo (enero de 2008) y Jaime Facundo Mendoza Collio (agosto de 2009). Asimismo, el relator especial manifestó preocupación por la aplicación de la *Ley Antiterrorista* para procesar y condenar a personas mapuches por delitos cometidos en un contexto de protesta social, y recomendó al Estado de Chile acoger la recomendación que le hiciera en 2017 el Comité de Derechos Humanos, de “adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos” (2009, párr. 7), así como la recomendación que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial le hiciera en agosto de 2009 (2009, párr. 15), de contenido similar.

En 2014, Chile volvió a ser objeto de recomendaciones en el *Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo*, elaborado por Ben Emmerson, encomendado por el Consejo de Derechos Humanos en su 25º período de sesiones. En este se manifiesta la preocupación del relator respecto del

uso excesivo de la fuerza por agentes de Carabineros y la Policía de Investigaciones en redadas o allanamientos de las comunidades mapuches, y la detención de sospechosos, junto con la falta casi total de responsabilidad por los delitos de violencia excesiva contra los mapuches durante esos allanamientos. (ONU, 2014, párr. 14)

Asimismo, en el informe se advierte que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ya había señalado lo siguiente:

La aplicación de la Ley antiterrorista, y el uso indebido y excesivo de fuerza hacia miembros del pueblo mapuche, incluyendo niños, mujeres y ancianos, podría tener impactos negativos que afectarían y discriminarían a los pueblos indígenas más allá de los individuos sospechosos de haber cometido un delito.⁶ (ONU, 2014, párr. 14)

Emmerson observó además la prevalencia de situaciones violentas que vulneran los derechos de los niños mapuches, las cuales ya habían sido documentadas por la CIDH en un comunicado de prensa emitido el 2 de agosto de 2012, en el cual se condenaba a la Policía por el uso desproporcionado de la fuerza (ONU, 2014). Según el relator, en el *Informe sobre la Violencia Policial en contra del Pueblo Mapuche 2009-2013*, se advierte que “el uso excesivo de la fuerza por Carabineros durante esos allanamientos al pueblo mapuche ha sido, hasta hace poco, habitual e incluso sistemático” (2014, párr. 72). En dicho informe, “el Observatorio Ciudadano documentó 70 casos en que Carabineros y la Policía de Investigaciones hicieron un uso excesivo de la fuerza contra de miembros del pueblo mapuche” (2014, párr. 17). Asimismo, constató que, en numerosas ocasiones, “fuerzas especiales armadas ingresaron a las comunidades, frecuentemente acompañadas de helicópteros y refuerzos, y dispararon armas de fuego no letales, no solamente contra hombres adultos sino también contra ancianos, mujeres, niños e incluso lactantes” (párr. 72), lo cual resultó en numerosos heridos. También se menciona, en el considerando 73, que llama la atención el uso de la fuerza excesiva e injustificada por parte de la Policía, lo que “constituye un delito penal que debe ser investigado”, ya que “las comunidades mapuches tienen igual derecho a ser protegidas por la legislación penal”. Al respecto el relator especial Emmerson (2014) concluyó que lo más alarmante era “la falta casi total de exigencia de responsabilidad por los delitos presuntamente cometidos por los agentes del orden” (párr. 74). Asimismo, hace referencia a la visita que hizo a “la comunidad Juan Catrilaf II, a la que ingresaron fuerzas especiales de Carabineros en octubre de 2009, buscando a un solo individuo desarmado” (párr. 76):

A pesar de que otros miembros de la comunidad que opusieron resistencia no llevaban armas, las fuerzas especiales dispararon numerosas armas de fuego contra la comunidad, hiriendo a 19 personas, incluidas tres mujeres y un bebé de 9 meses de edad, alcanzados por balas de plástico. Muchas de las víctimas fueron hospitalizadas; hay disponibles para la investigación registros independientes de sus heridas y tratamientos. (2014, párr. 76)

Entre otros incidentes que señala el relator especial, “se cuentan los disparos de perdigones de la Policía contra niños y adolescentes durante el desalojo del Hospital de Collipulli en julio de 2012” (2014, p. 18). Al respecto, Emmerson (2014) manifiesta su consternación, pues “a pesar de la gravedad del incidente, ni el jefe de Carabineros de la Araucanía ni el fiscal de Temuco parecían estar al tanto” (cndo. 77) de su ocurrencia, y tampoco consideraban que conocer estos hechos formase parte de sus responsabilidades. Finalmente, entre las recomendaciones que hace el relator especial al Estado de Chile, se señala lo siguiente:

El Relator Especial insta a las autoridades competentes a que investiguen las denuncias de abusos y violencia contra los pueblos indígenas por parte de agentes de la policía, que enjuicien y sancionen a los autores de esos actos, y que proporcionen indemnización a las

6 Véase también Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, 2012, párrs. 20 -21.

víctimas o sus familiares. Además, el Relator Especial exhorta a las autoridades competentes a que adopten las medidas necesarias para prevenir esos actos. (2014, párr. 95)

Asimismo, la Corte IDH (2014) constató la violencia policial desmedida en contra del pueblo mapuche, en especial, en contra de los niños de dicha etnia, en la sentencia del caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Este caso fue llevado a la Corte por la CIDH, ya que, según la Comisión, en dicho caso tuvo lugar la

violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria. (2014, párr. 1)

Según la CIDH, “el caso se inserta dentro de un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena mapuche en Chile” (2014, cndo. 85). Así, constata lo siguiente:

Las acciones de las fuerzas de seguridad del Estado (miembros de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigación) en este contexto de protesta social han dado lugar a alegaciones sobre abusos, violencia (física y verbal) o maltrato ejercidos en contra de los miembros del Pueblo indígena Mapuche (incluyendo niños, mujeres y ancianos) cuando realizan registros, allanamientos y ejecutan ordenes de aprehensión de sospechosos. (2014, cndo. 85)

En la sentencia la Corte IDH resolvió el deber del Estado de Chile de adoptar todas las medidas necesarias –judiciales, administrativas o de cualquier otra índole– para dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias, por ser arbitrarias e incompatibles con la *Convención Americana*, vulnerar los principios de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, así como por establecer “restricciones indebidas y desproporcionadas al derecho a la libertad de pensamiento y expresión y al ejercicio de los derechos políticos” (2010, párr. 421), además de la violación al principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la igual protección ante la ley, pues las sentencias condenatorias estaban fundadas en estereotipos y prejuicios en contra del pueblo mapuche (párrs. 421-422). Asimismo, decretó medidas de rehabilitación para las víctimas, de atención médica y psicológica, y medidas de satisfacción que consistieron en la difusión de la sentencia y el otorgamiento de becas de estudio a las víctimas, entre otras.

Por su parte, diversos órganos internos de protección de derechos humanos en Chile han constatado la sistemática violencia en contra de la infancia mapuche. En efecto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), desde su creación en 2010, ha emitido informes en los cuales constata la situación que viven los niños de esta etnia. Además, entre los años 2011 y 2017, ha presentado ante el Poder Judicial al menos 133 denuncias por distintas formas de violencia ejercidas por Carabineros y la Policía de Investigaciones contra niños mapuches,

según indica el reportaje *La Niñez Marcada. Historia de Violencia Policial contra la Infancia Mapuche* (Balcazar & Mussa, 2017).

El informe anual del INDH de 2018 denunció nuevos casos de violencia desmedida contra niños mapuches, así como la necesidad de interponer recursos de amparo en los casos Lof Mapuche Mawidanche y Trapilwe, y el caso Lof Rankilko, recursos que fueron acogidos por la Corte de Apelaciones de Temuco. En ambos casos se vieron afectados niños mapuches que fueron víctimas del allanamiento y destrucción de sus hogares por parte de efectivos policiales.

Por último, a fines del año 2018 se produjo otro hecho que tuvo amplia difusión y provocó gran conmoción pública, en el que un comunero y un niño mapuche fueron víctimas de violencia policial excesiva: el denominado caso Catrillanca. El 14 de noviembre de 2018, Camilo Catrillanca recibió un disparo en la cabeza por parte de un Grupo de Operaciones Policiales Especiales de Carabineros, mientras se encontraba manejando un tractor en la comunidad de Temucucui junto a un niño de 15 años, de iniciales M. A. C. P. Catrillanca fue trasladado a un centro asistencial de la localidad de Ercilla, donde falleció. El menor de edad, principal testigo de lo ocurrido, fue detenido junto a otras tres personas por Carabineros, detención que fue declarada ilegal por el Juzgado de Garantía de Collipulli. Posteriormente, M. A. C. P. declaró haber sido víctima de golpes por parte de agentes de Carabineros, tras lo cual el INDH, en conjunto con la Defensoría de la Niñez, presentó el 22 de noviembre de 2018 una querrela criminal por las torturas a las que habría sido sometido el niño que iba junto a Catrillanca, por parte de los mismos efectivos que le dieran muerte al comunero mapuche. Tras ello el Juzgado de Garantía de Collipulli acogió la medida de protección solicitada a favor del menor: la prohibición de que agentes de Carabineros se acerquen a la víctima en términos violentos. Las primeras declaraciones de las autoridades mencionaban que Catrillanca habría tenido participación en un hecho delictual, que tenía antecedentes policiales y que se había opuesto a la detención, por lo que agentes de Carabineros habrían disparado haciendo uso de sus facultades. Sin embargo, la comunidad de Temucucui negó esta versión, afirmando que el Grupo de Operaciones Policiales —que fue llamado por los medios *Comando Jungla*— había entrado a la localidad disparando ráfagas de bala, sin mediar provocación alguna de parte de la población. Luego se dio a conocer que Catrillanca no tenía antecedentes policiales ni había participado en los hechos delictuales que la policía investigaba, y el subsecretario del Ministerio del Interior debió reconocer que, al parecer, la muerte de Catrillanca se habría tratado de un homicidio.

Este último caso da cuenta de que en Chile se producen actos de violencia contra la infancia mapuche, y que el Estado de Chile viola las obligaciones que ha contraído en materia de derechos humanos. Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura, y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes es una de las normas de mayor jerarquía que existe en el derecho internacional —constituyen normas de *ius cogens*—, y la vulneración de normas de esta naturaleza constituye un hecho que compromete la responsabilidad internacional del Estado, y además vulnera valores que la comunidad internacional en su conjunto ha consagrado como esenciales.

Conclusión

Como se ha señalado, los derechos de los niños forman parte del *corpus iuris* de los derechos humanos, que se encuentra plasmado en una serie de declaraciones y tratados universales y regionales. Muchas de estas normas, además, constituyen normas imperativas del derecho

internacional general, que obligan *erga omnes*, por cuanto constituyen los valores esenciales que la comunidad internacional ha querido preservar. Estas normas constituyen el núcleo duro de los derechos del niño, y es deber del Estado respetarlas: su infracción constituye un grave incumplimiento de sus obligaciones internacionales y compromete su responsabilidad internacional.

Por su parte, las violaciones a los derechos humanos en los casos señalados se producen respecto de niños indígenas, quienes conforman uno de los grupos más vulnerables del Estado. En efecto, la Corte IDH, respecto del caso Rosendo Cantú y otra vs. México, en su sentencia del 31 de agosto de 2010, ha señalado que “los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados”, adoptando medidas tales como la entrega de información y la implementación de procedimientos que se adapten “a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento” (párr. 201). Asimismo, indica que es deber del Estado, en caso de que los niños sean víctimas de delitos, respetar “su derecho a ser escuchados, garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos, y que las salas de entrevista sean un entorno seguro y no intimidatorio” (párr. 201). Finalmente, la Corte IDH señaló también en dicha sentencia que es deber del Estado intentar que los niños no sean interrogados mayor cantidad de veces de las que sean necesarias, para evitar su doble victimización y un posible impacto traumático.

Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura, y de los tratos crueles inhumanos o degradantes, es una de las normas de mayor jerarquía que existe en el derecho internacional –constituyen normas de *ius cogens*–, y la vulneración de normas de esta naturaleza compromete la responsabilidad internacional del Estado, y además vulnera valores que la comunidad internacional en su conjunto ha consagrado como esenciales.

De todo lo anterior se sigue que el Estado de Chile no solo tiene la obligación de evitar que la violencia contra niños mapuche por parte de la Policía se siga repitiendo, sino que además debe velar especialmente por la protección de todos los niños indígenas en Chile, así como garantizar la reparación de las víctimas de esas graves vulneraciones de derechos que, para la comunidad internacional, son de la más alta jerarquía.

A modo de *lege ferenda*, puede afirmarse que el Estado de Chile no debe aplicar la *Ley Antiterrorista* contra el pueblo mapuche, pues como se ha señalado en los informes de los relatores especiales y el Comité de Naciones Unidas, esta se aplica de manera desproporcionada e indiscriminada, y afecta en muchos casos a menores de edad, tal como ocurrió en los casos a los que se ha hecho referencia en este trabajo. Además, en el caso Norin Catriman, la Corte IDH advirtió que el fallo que condenaba a los comuneros mapuches estaba fundamentado en razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual vulnera principios del debido proceso, tales como el principio de legalidad, la garantía de presunción de inocencia, el principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la igual protección ante la ley. Si bien la Corte desestimó en este caso la sugerencia de la CIDH de reformar la *Ley Antiterrorista*, ya que había sido modificada con anterioridad al fallo –Ley 20.467–, la Corte IDH señaló que las condenas en contra de los comuneros mapuches habían sido arbitrarias e incompatibles con la *Convención Americana*, por lo que impuso al Estado de Chile la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para dejarlas sin efecto y disponer la libertad personal de las víc-

timas que aún se encuentran sujetas a libertad condicional, además de adoptar otras medidas de reparación.

El Estado de Chile debe, por lo tanto, generar un proceso de diálogo con la comunidad mapuche y evitar la represión, ya que el proceder hasta ahora empleado no ha resuelto el conflicto, sino que más bien lo ha agudizado. Con ello, se ha afectado a los sujetos más vulnerables de la comunidad mapuche, los niños, quienes viven en una situación de miedo permanente que impide su desarrollo holístico, tal como lo exigen la CDN y la Corte IDH. Para evitar este grave perjuicio a la comunidad mapuche, el Estado puede utilizar las herramientas que entrega la *justicia transicional*.

Para aplicar los principios de la justicia transicional, el secretario general de las Naciones Unidas recomienda la utilización de comisiones de verdad, como la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, que se empleó para casos de actos de genocidio de las comunidades indígenas mayas, que afectaron la conservación de sus tradiciones y violaron sus derechos culturales, pues impidieron que la comunidad tuviera acceso, entre otros, a un nivel de vida digno.

Del mismo modo, en Chile se ha recurrido a la justicia transicional, como ocurrió con la Comisión de Verdad y Reconciliación, que declaró que uno de los colectivos más afectados durante la dictadura de Pinochet fue la comunidad indígena, y determinó reparaciones individuales y colectivas. También se sugiere implementar programas de reparación administrativa como el que aplicó Chile en el caso de exiliados políticos durante la dictadura.

En consecuencia, en Chile es totalmente factible buscar soluciones pacíficas, con tal que las autoridades dejen de utilizar mecanismos represivos contra del pueblo mapuche, y se lleve a cabo un profundo trabajo orientado a la paz y la reconciliación en la zona, como afirma el poeta Estellés (1971), “con la conciencia de no ser nada, si no se es pueblo”.

REFERENCIAS

- Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, año 6, (1), 223-247.
- Briones, N. (2019, 8 de mayo). *INDH ha presentado 20 amparos constitucionales por violencia contra niños mapuches en la Araucanía*. Recuperado de <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2019/05/08/indh-ha-presentado-20-amparos-constitucionales-por-violencia-contra-ninos-mapuches-en-la-araucania.shtml>
- Carmona Luque, M. del R. (2011). *La Convención sobre los Derechos del Niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, España: Dykinson.
- Carrillo, J. A. (1995). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, España: Tecnos.
- Comisión de Derechos Humanos. (2000, 20 de abril). La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [Resolución 2000/43].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1987, 22 de setiembre). *Caso 9213*. Estados Unidos.
- Comité de Derechos Humanos. (1992, 10 de marzo). *Observación general n.º. 20, que reemplaza la Observación general n.º. 7, sobre prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles*.
- Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. (2012, 12 de noviembre). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012)*, CEDAW/C/CHL/CO/5-6.
- Corte Internacional de Justicia. (1948, 25 de marzo). *Sentencia de la CIJ (Gran Bretaña vs. República Popular de Albania)*
- Corte Internacional de Justicia. (1970). *Barcelona Traction Light and Power Company (Bélgica vs. España)*.
- Diez de Velasco, M. (1991). *Instituciones de derecho internacional público* (Tomo I). Madrid, España: Tecnos.
- Equipo El Día. (2017, 14 de octubre). INDH alerta sobre la situación de violencia que viven los niños y niñas mapuches. *El Día*. Recuperado de <http://www.diarioeldia.cl/mundo/indh-alerta-sobre-situacion-violencia-que-viven-ninos-ninas-mapuche>

- Estellés, V. (1971). *Llibre de meravelles*. Valencia, España: L'Estel.
- Gómez, A. (2003). *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe anual 2018: Situación de los derechos humanos en Chile*. Recuperado de <https://www.indh.cl/destacados-2/informe-anual-2018/>
- Nogueira Alcalá, H. (2017). La protección convencional de los derechos de los niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los derechos de los niños y adolescentes. *Ius et Praxis*, 23(2), 415-462.
- Núñez, M. T. (2001). *La prohibición de la pena capital a los menores de 18 años en el derecho internacional: ¿Un paso hacia la abolición universal de la pena de muerte?* Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831259.pdf>
- Observatorio Ciudadano. (2013). *Informe sobre la violencia policial en contra del pueblo mapuche 2009-2013* [Documento inédito].
- Organización de las Naciones Unidas (2003, 17 de noviembre). *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* [conforme a la Resolución 2003/56. E/CN.4/2004/80/Add.3].
- Organización de las Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Nueva York.
- Organización de las Naciones Unidas. (2003, 23 de diciembre). *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* [conforme a la Resolución 2003/56. E/CN.4/2004/80/Add.2].
- Organización de las Naciones Unidas. (2009, 15 de julio). *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior* [A/HRC/12/34].
- Organización de las Naciones Unidas. (2014, 10 de marzo). *Informe del relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. [A/HRC/25/59/Add.2].
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf
- Pastor Ridruejo, J. (1992). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales* (4ta ed.). Madrid, España: Tecnos.

- Remiro Brotóns, A. R. (1997). *Derecho internacional* (1era ed.), Madrid, España: McGraw Hill.
- Silva Balcazar, S. & Mussa, Y. (2017). *La niñez marcada. Historias de violencia policial contra la infancia mapuche* [Informe periodístico]. Recuperado de <https://www.eldesconcierto.cl/especiales/la-ninez-marcada/>
- Virally, M. (1997). *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica México.