

Niñez indígena: Desigualdad estructural e interés superior

Nicolás Espejo

Quién es niño indígena

- Ausencia de def. legal formal (identificación vs. definición)
- Criterios objetivos y subjetivos:
- Objetivos: a) Tierra; b) descendencia; c) cultura; d) lenguaje
- Subjetivos: a) auto-identificación; b) de acuerdo a costumbres y leyes de esa comunidad
- (Art. 1 Convenio 169 OIT; Declaración ONU, Declaración Americana)
- NNA: Menores de 18 años: Preocupación especial: Corte IDH *Xákmok Comunidad Kásek Indigenou v. Paraguay* (2010); Comité DDN: OG 11 (Niños Indígenas, 2009)

CDN: Artículos relevantes

- Art. 30 CDN
- Art. 8 CDN
- Art 12 CDN
- Art 3 CDN

Desigualdad Estructural

- Dani, Anis A.; de Haan, Arjan. *Inclusive States: Social Policy and Structural Inequalities* : Estatus, en relación a otros grupos, perpetuada y reforzada por confluencia de relaciones inequitativas de roles, funciones, decisiones y derechos
- Comité DDN, Brasil (2005)
- Canadian Human Rights Tribunal, *First Nations Child and Family Caring Society of Canada v. Attorney General of Canada*, 2016, CHRT 2, January 26, 2016, Paras 402-403

Comité DN Brasil 2015

- *“79. The Committee is deeply concerned about the structural discrimination against children belonging to indigenous groups, including as regards their access to education, health and an adequate standard of living. It is particularly concerned about:*
- *(a) The high levels of violence against indigenous children and communities, including murder and sexual and physical violence, perpetrated by, among others, local ranchers and illegal loggers, and the lack of protection from these attacks and widespread impunity for these crimes;*
- *(b) Indigenous communities’ forced eviction from their land as a result of land grabbing by ranchers, the development of extractive industries, illegal logging or other industrial projects, which severely undermines indigenous children’s right to an adequate standard of living, health and a healthy environment;*
- *(c) The high rate of suicide among indigenous children, particularly Guaraní children;*
- *(d) The delay in the demarcation of indigenous peoples’ lands, notwithstanding the constitutional rights to property and self-determination, as well as the enactment of legislation to facilitate the demarcation of land, which has negatively impacted indigenous children;*
- *(e) Pending legislation, among other measures, that is aimed at subjecting indigenous territories to mining, industrial projects, and the construction of dams and military bases.”⁴⁸*

Manifestaciones

- **Pobreza:** indígenas 5% población mundial, 15% de toda la pobreza; NNA y LAC 63% vs 88%; Chile 22,5% vs. 29,5%; Educación y Salud
- **Violencia:** Explotación laboral, labores extractivas, Justicia Criminal (ej: Australia, población priv. libertad 5% vs 50%)

Interés superior: Enfoque diferenciado (I)

- Derechos individuales y derechos colectivos
- Caso **Paola Quimbaro vs. Comunidad Yuri /TC Colombia, 2012:**
- A) Principios involucrados:
- Interculturalidad o diversidad de cultural (Parr. 4.1.2) y coordinación y 4.1.3)
- Conflictos (tensión): Maximización de autonomía y minimización de restricciones (proporcionalidad): T 349/96; SU 510-98

Interés superior: Enfoque diferenciado II

- General: Criterios /**T-397 2004**
- De conformidad con la regla anterior, en la Sentencia T-397 de 2004 esta Corporación redefinió los criterios jurídicos generales a los que debe acudirse, para adoptar cualquier decisión en casos en donde se tiene que decidir sobre el interés superior de un niño o adolescente. En primer lugar (i) se debe proveer por la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; en segundo término (ii) se debe preservar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; en tercer lugar (iii) se debe proteger al niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; en cuarto término (iv) se debe proveer por el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y en quinto (v) lugar se debe evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado.

Interés superior: Enfoque diferenciado III

- **Paola Quimbaro vs. Comunidad Yuri /TC Colombia, 2012:**
- **Relación al interés superior del niño indígena**, el principio *pro infans* se ha venido reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada.

Interés superior: Enfoque diferenciado IV

- 4.3.23. En conclusión sobre el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio *proinfans* que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad. Por otro lado se destaca que la reglamentación que se ha dado en Colombia, refleja las recomendaciones y observaciones de los pactos y tratados internacionales sobre la materia que se basa en el consenso intercultural y la solución de las tensiones a partir de instancias de diálogo, comunicación y concertación. De esta manera se constata la irrupción de una normatividad reglamentaria de carácter “mixto” o “sincrética” ya que se conjugan para la solución de los casos relacionados con niños indígenas, instancias gubernamentales y autoridades indígenas, proveyendo igualmente la participación a los menores de edad en las decisiones que les afectan.

Canada; Australia

- Caso Hamilton
- Legislación sobre cuidados alternativos (placement), criterios