



Revista de derecho (Coquimbo)

ISSN: 0717-5345

ISSN: 0718-9753

Universidad Católica del Norte

Curihuinca Neira, Elsy
Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación desde el Az Mapu
Revista de derecho (Coquimbo), vol. 27, 20, 2020
Universidad Católica del Norte

DOI: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0020>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371065547013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

DERECHOS



Coquimbo
ISSN: 0718-9753 (En línea)

doi 10.22199/issn.0718-9753-2020-0020

Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación desde el Az Mapu

Convention on the Rights of the Child and its application from the Az Mapu

Elsy Curihuinca Neira ¹  <https://orcid.org/0000-0002-9275-4568>

¹ Centro Iberoamericano de Derechos del Niño, Chile. Investigadora judicial. Abogada. Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, U. Diego Portales (Chile).

 elsyncurihuinca@gmail.com



Resumen:

Se presentan los resultados de una investigación cuyo objetivo fue proponer vías para resignificar la Convención sobre los Derechos del Niño a la luz del Az Mapu (sistema normativo Mapuche). La metodología utilizada fue de tipo mixta, y se realizó principalmente a través de mecanismos propios Mapuche de recolección y análisis de la información, así como también, de una revisión bibliográfica y de un análisis dogmático, identificando los topoi fuertes presentes en la Convención y en el Az Mapu. Los resultados demuestran que el diálogo intercultural es posible entre ambos sistemas, a través del principio de interés/bienestar superior, el que se operativiza debido al estatus de persona que tienen los y las picike ce (personas pequeñas) dentro de la sociedad Mapuche.

Palabras Clave: Bienestar infantil; Infancia indígena; Pici ce; Interacción cultural.

Abstract:

The results of an investigation whose objective was to propose ways of resignifying the Convention on the Rights of the Child in the light of Az Mapu (Mapuche normative system) are presented. The methodology used was mixed, and was carried out through Mapuche mechanisms for collecting and analyzing information. Also, it was accompanied with bibliographical revision and dogmatic analysis, identifying the strong topoi that are contained in the Convention and in Az Mapu. The results show that intercultural dialogue is possible between the two systems, through the principle of child's best interest/well being, which is operationalized due to the status granted to / picike ce (little person) on the Mapuche society.

Keywords: Child welfare; Indigenous childhood; Pici ce; Cultural interaction.

Fecha de recepción: 24 de agosto de 2018 | Fecha de aceptación: 4 noviembre de 2019

Introducción

La evolución generada en el derecho internacional de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas, también ha avanzado respecto de niños y niñas miembros de dichos colectivos. Tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano, se ha configurado un *corpus iuris* de infancia indígena que debe ser protegido, respetado y garantizado por los Estados¹. Sin embargo, pese a los progresos, la aplicación de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos no siempre es comprensiva de la identidad cultural de las personas que son titulares de esos derechos.

Conforme esa hipótesis, el objetivo principal de este trabajo es proponer vías para interpretar la Convención sobre los Derechos del Niño (1990)² a la luz del *Az Mapu*, sistema normativo mapuche que regula las relaciones sociales y la vinculación de las personas con el entorno natural. También puede definirse como las características físicas e internas de un territorio (Antona Bustos; 2014, p. 118); También véase Melin Pehuén, Coliqueo Collipal, Curihuinca Neira, y Royo Letelier, (2016, p. 42). Para ello, se utilizó una metodología mixta de carácter exploratorio en tanto busca introducir el tema de estudio, y no pretende entregar fórmulas absolutas para resolver posibles colisiones entre Derechos Fundamentales. Como se verá más adelante, el derecho a la identidad cultural puede entrar en tensión –o aparente tensión– con otros derechos humanos, cuando se estudia un caso específico y sus circunstancias. En esos supuestos, siguiendo lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño, se postula a un ejercicio de ponderación para determinar cuál es la solución que mejor atiende al interés superior. (Observación general N° 14, 2013, p.18), consistente en una revisión bibliográfica exhaustiva y un análisis dogmático de los principios proveenientes de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) y del *Az Mapu*.

Así también, considerando que la mayoría de las disciplinas están basadas en perspectivas tradicionales de conocimiento que son antagonistas de otras formas de producción de saberes (Tuhiwai Smith, 2016, p. 100), se buscó validar la coexistencia de formas mapuche³ de recolección y análisis de la información, por ejemplo, a través de *nvxam* (conversación, transmisión oral de la memoria) y *rakizuum* (ejercicio reflexivo mapuche a través del cual se ordena el pensamiento) (Melin Pehuén, et al., 2016, p. 17), incorporando al texto conceptos de la lengua *mapuzungun* (habla de la tierra) con su consecuente traducción al español. Toda la información obtenida, fue contrastada y complementada con lo manifestado por seis informantes clave, conocedores o expertos de diversos *fvta lmapu* (territorio grande), *kim ce* (sabios mapuche)

¹El *corpus iuris* de infancia indígena se analiza en el apartado 1.2 del presente artículo.

² Vigente en Chile desde el 27 de septiembre de 1990.

³“Mapuche” puede traducirse como “gente de la tierra” (el término es singular aunque su significado sea colectivo). Cabe señalar, que de acuerdo al censo 2017, de un total de 1.745.147 personas que se reconoce perteneciente al pueblo Mapuche, un 27% son niños/as (471.742).

y profesionales vinculados al trabajo con *picike ce* (personas pequeñas) -Debemos advertir, que el conocimiento compartido por estas personas no corresponde a todo el pensamiento mapuche, sino más bien, es sólo una parte de lo que algunos de ellos han podido entender del *mogen* (vida) (Bustamante Rivera y Quidel Cabral, 2001, p. 100). Como una forma de mantener en confidencialidad la identidad de los informantes, al final de cada testimonio citado se indicarán entre paréntesis las iniciales de su primer nombre y ambos apellidos-. Por último, a partir de la revisión bibliográfica y el análisis dogmático, así como los resultados de las entrevistas, se procedió al análisis de la información.

De ese modo, se espera contribuir a la generación de un diálogo intercultural, fundado en la posibilidad de potenciar la capacidad emancipadora que tiene la política de los derechos humanos en el actual contexto de globalización, reconociendo que tanto la Convención como el *Az Mapu* son sistemas incompletos, esto último, siguiendo la concepción multicultural de los derechos humanos propuesta por Boaventura De Sousa Santos (2011, p. 9).

De acuerdo a sus postulados, en el diálogo trans-cultural el intercambio se produce entre universos de sentidos diferentes e inconmensurables en un sentido fuerte, los que a su vez constan de constelaciones de *topoi* fuertes, es decir, de lugares comunes ampliamente extendidos de una cultura dada, y que funcionan como premisas de una argumentación haciendo así posible la producción y el intercambio de argumentos (De Sousa Santos, 1998a, pp. 356-357). De Sousa Santos (2011, p. 9), observa que entender una cultura dada desde los *topoi* de otra es inviable, por lo que propone una hermenéutica diatópica, cuyo objeto es elevar lo máximo posible la conciencia de la incompletitud recíproca, involucrándose en un diálogo con un pie en cada cultura. Desde ese enfoque, para propiciar un diálogo diatópico entre la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) y el *Az Mapu*, debe asumirse que el intercambio no se producirá únicamente entre diferentes saberes, sino también entre diferentes culturas, por ello se investigarán a fondo los *topoi* fuertes extendidos en ambos sistemas (De Sousa Santos, 2011, p. 9).

En el primer capítulo se estudiará la Convención sobre los Derechos del Niño en contexto, repasando el *corpus iuris* de infancia indígena que ha ido conformándose y que permite interpretar de forma armónica las disposiciones dictadas para los pueblos indígenas como colectivo, y aquellas dirigidas especialmente a niños y niñas miembros de dichos conglomerados políticos.

En el segundo apartado, se analizará la Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación específica en el caso mapuche, investigando que significa ser persona pequeña en esa sociedad, la importancia de la familia y las influencias que el colonialismo ha ejercido en relación con la niñez.

En el tercer capítulo en cambio, se profundizará en el *Az Mapu*, a través de la descripción de algunas pautas de crianza se visualizará cómo se aborda la infancia en dicho sistema, para posteriormente dotar de contenido a determinados conceptos jurídicos fundamentales, con su consecuente definición consuetudinaria.

Finalmente, en el cuarto capítulo se presentarán algunas propuestas de diálogo entre la Convención sobre los Derechos del Niño y *Az Mapu*, esperando con ello contribuir a un diálogo intercultural de derechos humanos.

1. Convención sobre los Derechos del Niño en contexto

1.1. Convención sobre los Derechos del Niño y diversidad cultural

En 1989, la Organización de las Naciones Unidas promulga la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), instrumento internacional que regula los derechos humanos de la infancia, y que propició la transición desde la doctrina de situación irregular a la de protección integral, pasando de la concepción de niño como objeto de protección a niño como sujeto de derechos desde una perspectiva integral.

Pese a ese cambio de paradigma instalado por la Convención, este instrumento internacional ha sido cuestionado por fundamentarse en un concepto de niñez relacionado más bien con la época de la Ilustración y la sociedad burguesa europea, lo que según algunos, implicaría ver a la infancia como una etapa separada del mundo adulto, y como una fase de la vida caracterizada por su especial vulnerabilidad y falta de madurez (Liebel, 2013, p. 55). Desde esa perspectiva, la Convención de los Derechos del Niño dejaría poco espacio para imaginar otras infancias, infancias distintas al modelo estructural moderno, pero que culturas diversas a las occidentales, siguen practicando. Por ejemplo, en las culturas aymara o quechua, niños y niñas son reconocidos como personas pequeñas o *huchay runa*, y las etapas de la vida no se clasifican en edad, sino más bien, por el estado físico y capacidad o habilidad para realizar tareas, en el marco de una validación familiar y comunitaria (Liebel, 2013, p. 55).

Sin embargo, también se ha afirmado que la Convención profundiza la doctrina establecida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Cillero Bruñol, 1998), más específicamente, que este instrumento podría operar como un punto de encuentro entre los derechos del niño y la diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura determinada, resolviendo los posibles conflictos que se produzcan (Cillero Bruñol, 2001).

La Convención sobre los Derechos del Niño (1990), consagra en su preámbulo la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo, ello es parti-

cularmente relevante si se piensa en las reglas generales de interpretación de la Convención de Viena (1980), en tanto disponen que los tratados internacionales deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, en el contexto de estos, y teniendo en cuenta su objeto y fin, asimismo, un principio fundamental del Derecho Internacional consagrado en el mismo instrumento, establece que un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados que ha suscrito (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1980, art. 27 y 31). En efecto, si el objeto y fin en la Convención es la protección de los derechos humanos, la interpretación de sus normas debe ser siempre pro persona, es decir, buscando el sentido más favorable para niños y niñas (Medina Quiroga y Nash Rojas, 2003, p. 18). La interpretación también debe ser integral, como las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente, la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) debe aplicarse considerando los demás instrumentos nacionales e internacionales que se han aprobado y le complementan (Medina Quiroga y Nash Rojas, 2003, p. 19). Asimismo, la interpretación debe ser dinámica, de modo que las normas se adapten a las nuevas realidades y puedan ser efectivas en el momento en que se las interpreta (Medina Quiroga y Nash Rojas, 2003, p. 19).

Resumiendo, si la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño –en tanto instrumento internacional de derechos humanos– debe ser integral, pro persona y dinámica, en el caso de niños y niñas miembros de pueblos indígenas además es necesario interpretar y aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), desde un enfoque y paradigma intercultural. La representación de la persona en su pueblo de origen, refleja la forma en que su cultura significa al mundo, regula conductas y organiza las relaciones consigo misma y el entorno (Gertz, 1994, p. 77), de ahí la importancia de atender a las tradiciones y los valores culturales de niños y niñas indígenas.

1.2. Corpus iuris de infancia indígena

Respondiendo de algún modo a concepciones dominantes de la infancia, en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos se ha configurado un *corpus iuris* de infancia indígena, cuyo principio rector es la integridad cultural, tal como lo es el principio de interés superior del niño en materias de derechos de infancia (Valenzuela Reyes, 2016, p. 5).

La Convención sobre los Derechos del Niño (1990) contempla normas específicas para la infancia indígena en las siguientes materias: deber de los Estados de “...respetar el derecho del niño a preservar su identidad...” (art. 8); derecho a que los medios de comunicación “...tengan (...) en cuenta las necesidades lingüísticas...” (art. 17) de los niños indígenas; derecho a protección y asistencia de los niños privados del medio familiar (art. 20, n°3); derecho a la educación respetuosa de la identidad

cultural (art. 29); derecho a la “...*propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o emplear su propio idioma*” (art. 30)⁴, y derecho “...*a participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento*” (art. 31).

Esas disposiciones de la Convención, han sido complementadas y profundizadas por el Convenio N° 169 (1991, art. 28 y 29) de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]⁵, la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007, art. 7, 14, 17 y 21), la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016, art. 7, 15, 17, 27 y 30) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976, art. 24)⁷, entre otros instrumentos.

Así también, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) que establece el “... *derecho de todo niño a las medidas de protección que en su condición de menor requieren (...) de su familia, la sociedad y el Estado*” (art. 19). Esa norma ha sido utilizada en diversos casos indígenas seguidos ante la Corte Interamericana, a modo de ejemplo:

La Corte ha afirmado reiteradamente que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del corpus juris internacional de protección de los niños¹⁸³ y en diversos casos contenciosos ha precisado el sentido y alcance de las obligaciones estatales que derivan del artículo 19 de la Convención Americana a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, 2010, p. 45)

Específicamente, en relación con la identidad cultural, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha dispuesto que la Convención sobre los Derechos del Niño (1990, art. 30) establece una obligación adicional y complementaria, que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), consistente en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma (*Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, 2010, p. 67).

De manera similar, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado que la aplicación del principio del interés superior requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. En efecto, 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. Más específicamente, establece que

⁴ Este artículo es especialmente relevante, en tanto presenta una dimensión individual y colectiva de derecho.

⁵ Vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009.

⁶ Vigente en Chile desde el 27 de mayo de 1989.

⁷ Vigente en Chile desde el 29 de abril de 1989.

al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los demás miembros del grupo (Observación general N° 11, 2009, p. 7).

Entonces, de acuerdo a lo establecido por el propio sistema internacional de los derechos humanos, el ejercicio de los derechos individuales de niños y niñas indígenas se relaciona directamente con el cumplimiento de los derechos colectivos de que son titulares sus pueblos de origen. A las obligaciones generales asumidas por el Estado chileno en infancia, se suman las normas de orden público internacional en materia indígena, cuyo cumplimiento es ineludible por formar parte del bloque de constitucionalidad. Dicho bloque constitucional de Derechos Fundamentales es

...el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5o inciso segundo de la Constitución chilena vigente. (Nogueira Alcalá, 2009.p. 2)

2. Infancia mapuche

2.1. *Pici ce*: persona pequeña⁸

Al buscar traducir del castellano al *mapuzungun* (habla de la tierra) los términos “infancia, niño, niña y niñez”, no se encontró traducción literal. La *palabra pici* ce traducida al castellano significa persona pequeña, y da cuenta de una de las nociones esenciales de la cosmovisión mapuche, dónde la categoría básica de persona es el *ce*, que corresponde a una identificación en tanto ser humano individual, pero también como ideal que se alcanza mediante el comportamiento regulado según los patrones culturales propios. Estos últimos, se aplican en dos dimensiones interrelacionadas; la social y espacial, donde todos los seres cohabitan, es decir, habitan en el mismo nivel de importancia (Vidal Hernández, Calfuqueo Lefio y Ancan Painemilla, 2017, p. 104). De acuerdo a la percepción de los *kimce* (sabios mapuche), eso explica que los *picike ce* sean considerados como seres integrales, y no se les perciba como individuos indefensos:

...Nosotros a los pici wenxu [hombre chico]⁹ o pici zomo [mujer chica], a diferencia del mundo wigka [no mapuche], no los consideramos niños porque

⁸“Picike ce” en el caso de “personas pequeñas” (plural).

esa categoría es muy amplia, no nos sirve (...) Con pici zomo [mujer chica] o pici wenxu [hombre chico] estás indicando que esa persona es pequeña, que es ce [persona] y tiene responsabilidades dentro de la familia, un estatus dentro del espacio ... (J.K.L, entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Más específicamente, en el proceso de desarrollo y socialización mapuche existen diversas etapas -información obtenida a partir de las entrevistas realizadas¹⁰ a kimche (sabios mapuche). También véase Bustamante Rivera y Quidel Cabral (2001, p. 108)-, determinadas por la capacidad o habilidad que tienen las personas para realizar tareas, y donde el paso del tiempo no se mide necesariamente de manera cronológica (Liebel, 2013, p. 102), algunas de estas fases son las siguientes:

Jushu: comprende la etapa de los primeros días del nacimiento;

Pici ce/picike ce: persona pequeña, comprende la etapa desde que la persona nace hasta que tiene la capacidad de caminar;

Rawaylu: comprende la etapa en que la persona aprende a alimentarse por sus propios medios;

Pici kona/ pici malen: (masculino y femenino) comprende la etapa en que la persona ya puede realizar tareas pequeñas, cuatro a cinco años aproximadamente;

Pici kampu/ fvta malen: (masculino y femenino) comprende la etapa en que la persona tiene la capacidad de apoyar a la familia en las tareas del hogar, recibir ciertas responsabilidades (labores muy simples) que le permiten aprender y convivir en sociedad, seis a ocho años aproximadamente;

Weche/ vjca: (masculino y femenino) comprende la etapa en que la persona puede decidir algunas cosas por sí misma y participar más activamente en sociedad, trece a diecisiete años aproximadamente;

Fvta weche/ fvta pvra: (masculino y femenino) comprende la etapa en que la persona se desenvuelve más independientemente en el medio, diecisiete a veinticinco años aproximadamente;

Pu xem zomo/ wenxu: (masculino y femenino) comprende la etapa en que la persona ha desarrollado sus capacidades cognitivas, físicas, entre otras, y ha aprendido a relacionarse integralmente con el resto de la sociedad, con su medio sociocultural, político y religioso, entre otros.

Al respecto Rojas Flores (2016) también señala que:

⁹ Todos los que se encuentra entre corchetes “[]” corresponde a traducciones de Fresia Mellico Aven-
daño

¹⁰ Las entrevistas referenciadas fueron transcritas, aprobadas por el Comité de Ética de la Universidad
Diego Portales (al igual que los consentimientos firmados).

El padre Luis de Valdivia menciona algo similar, en un texto del siglo XVII, aunque distingue seis cambios de nombre: para el “niño que mama”; para el “muchacho o muchacha que comienza a servir para algo”; un tercero a partir de los doce años hasta que se casa; una nueva denominación para el hombre o la mujer casada; otro para el hombre o la mujer de 30 ó 40 años; y finalmente otro para el anciano o la anciana (p. 184)

2.2. *Pici ce*, familia e implicancias del colonialismo

En el mundo mapuche, *reyñma* (familia) es la institución en torno a la cual se modulan los procesos de participación y de toma de decisión que rigen la vida comunitaria, constituyendo un nivel esencial para la preservación de la cultura a través de los procesos de endoculturización (Antona Bustos, 2014, p. 183), allí inicia la socialización de las personas pequeñas según los testimonios de los *kimche* (sabios mapuche):

...antes los picike ce eran hijos de todo el lof [territorio habitado por personas unidas por lazos sanguíneos], cuando uno hacía algo malo cualquiera le podía corregir (...) En lo mapuche el ngulam [consejo] es muy importante, porque los lof tienen su prestigio, a uno lo aconsejan mucho, la justicia social es de esa forma, por eso los picike ce se forman para ser buenas personas... (B.C. M. entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Dentro de la familia se da mucha importancia a los malle y a las palu [tíos y tías paternas] y eso mismo se asocia por ejemplo al tema de los animales, cuando tú te refieres a los leones por ejemplo, en los epew [cuentos] eso aparece como malle [tío paterno] y las leonas como palu [tía paterna], el carácter de estos animales es que son protectores pero también son agresivos, son seres con mucha autoridad, en los epew [cuento] el zorro es sobrino, es travieso y hace de todo, entonces la tía lo corrige a él. Hay un epew que el zorro pierde su manta, su pelaje, en una apuesta, y va donde la tía a pedirle que le haga la manta porque su mamá no lo va a perdonar, entonces la tía le hace la manta pero también va a buscar unas ortigas y con eso lo chicotea, lo deja pelado y recién ahí le vuelve a salir su lana (...). Este cuento habla de la confianza del sobrino con la tía, pero también habla del rol educativo que tiene la tía con él, la socialidad (...), pero eso igual ha ido cambiando con la supratomización de la familia, ahora los papás hacen sus casas y los hijos no se relacionan con muchas más personas.... (J. K. L., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

De acuerdo a los relatos, en la sociedad mapuche familia y territorio están inexorablemente unidos, en estos espacios se articulan las relaciones sociales, los deberes del *ce* (persona) con sus pares y con el entorno, por ende, las medidas destinadas a la protección de ambas dimensiones son precondiciones básicas para garantizar el goce de los derechos individuales y colectivos mapuche (Antona Bustos, 2014, p. 89). Sin embargo, no pueden ocultarse los cambios que se han producido en las estructuras familiares mapuche a raíz del despojo territorial (Guevara, y Mañkelef,

2002), la tendencia hacia la familia nuclear ha sido una constante desde la época de reducción (Antona Bustos, 2014, p. 183).

El colonialismo chileno exacerbó jerarquizaciones socioeconómicas mapuche, conjugando elementos cosmovisionarios que regulaban las relaciones internas con elementos y características devenidos de la situación colonial. Por ejemplo, en algunos casos, la imagen proyectada por lo pici kona [peón chico] y sus familias en la sociedad mapuche podía estar asociada a personas que se habían alejado y transgredido los fundamentos filosóficos del kvme mogen [buena vida, vida plena]. De ahí se explicaría el estado de weza felen [estar mal]. Sin embargo, lo anterior está supeditado por el nuevo contexto, ya que el colonialismo chileno empobreció la sociedad mapuche, de tal manera que, más que una vida llena de transgresiones (yafkan) la pobreza fue/es una característica de la violencia colonial que reafirma la estructura de sumisión en los colonizados. (Antimil Caniupan, 2015, p. 179).

Sin lugar a dudas, la violencia colonial devastó a la sociedad mapuche, la pérdida territorial fue de tal magnitud, que con la independencia de Chile y la ocupación militar entre los años 1883 y 1929 se establecieron 361 reducciones, las que alcanzaron un total aproximado de 500.000 hectáreas de un área que llegaba a las 10.000.000 aproximadamente, es decir, a sólo un 5% del espacio real (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] y Alianza Territorial Mapuche [ATM], 2012, p. 30; También véase Mariman Quemenado, 2006, p. 116) Esa pobreza patrimonial además reafirmó la estructura de subordinación en los colonizados, desplazando valores mapuche y produciendo escenarios de discriminación y segregación social intraétnica (Antimil Caniupan, 2015, p. 179):

La violencia colonial pulverizó la economía (...), empobreciendo la sociedad mapuche a través de la apropiación del territorio y sus riquezas. Esta nueva situación generó escenarios en que algunas familias se vieron forzadas a arrendar a sus niños y ofrecer sus manos de obra para su sobrevivencia, obligándolos a asumir roles que no cumplían con anterioridad y que se incubaron como consecuencia de la pauperización propiciada por el colonialismo. (Antimil Caniupan, 2015, p. 169)

En definitiva, para proteger los códigos socio colectivos mapuche en relación con la infancia (Hilger, 2015, p. 35), es fundamental fortalecer los espacios dónde se transmiten las pautas de crianza a los *pici che*. Uno de ellos es el *reyñma* (familia)¹¹, organización que a su vez requiere de la protección del territorio ancestral, por ser ahí donde las formas propias de representación social, espiritual, política y cultural, pueden seguir existiendo.

¹¹Para efectos de este trabajo, "*Reyñma*" se entenderá como familia en sentido patrilineal y matrilineal. Sin embargo, existen otras acepciones vinculadas a dicho término: "*kuga*" (familia mapuche); "*xokinche*" (grupo de personas provenientes de un mismo tronco familiar); "*lof*" (territorio habitado por personas unidas por lazos sanguíneos); "*Fvren*" (familia directa, los que viven en una misma casa), entre otros.

3. Sistema normativo mapuche e infancia

3.1. Az Mapu y pautas de crianza

Az Mapu se concibe como el sistema jurídico mapuche que regula las relaciones sociales y la vinculación de las personas con el entorno natural, y cuyas pautas de conducta se transmiten a través de la memoria oral. También puede definirse como las características físicas e internas de un territorio (Antona Bustos, 2014, p. 118; También véase Melin Pehuén, et al., 2016, p. 42).

En el conocimiento mapuche, la visión de mundo no es antropocéntrica, y la persona está en permanente relación con las distintas especies del *mapu* (territorio). Los seres humanos no están por sobre las demás vidas existentes y la interacción del *ce* (persona) con otras vidas y elementos sociopolíticos y culturales, son fundamentales (Antona Bustos, 2014). El sentido de justicia entonces, se relaciona directamente con la idea de restitución y restablecimiento del equilibrio y armonía: en esas circunstancias, el rol de personas como el *logko* (autoridad tradicional, líder) *regiñelwe* (mediador) y *kalkutufe* (que hace brujería), o la existencia de mecanismos de resolución de conflictos como el *malon* (guerrear), *gvfetun* (apaciguar ánimos ante conflicto), *gvlam* (consejo) o el *palin* (juego de destreza), son fundamentales ante las situaciones reguladas por el *Az Mapu* (Melin Pehuén, et al., 2016, p. 42).

Dentro de estas últimas, se encuentran el hurto, conflictos entre vecinos por deslindes, ofensas verbales, muerte u homicidio, transgresiones a espacios naturales sin permiso del *gen* o dueño espiritual de dicho lugar, entre otras. (Melin Pehuén, et al., 2016, pp. 52 y 57).

El derecho del pueblo mapuche a darse a sí mismo un orden jurídico, denominado derecho consuetudinario por el sistema jurídico internacional, ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Convenio N° 169 (1991, arts. 8 al 12) de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007, arts. 13, 34, 35 y 40) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016, art. 6 y 22), en consecuencia, ése derecho (a tener un sistema jurídico propio) forma parte del Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales chileno, sin embargo, este reconocimiento no ha sido pacífico. Pese a que este derecho se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico interno a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos como el Convenio N° 169 (1991) de la OIT en virtud de lo establecido en la Constitución Política (2005, art. 5, inc. 5), su vigencia y aplicación ha sido objeto de amplios debates constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia del año 2000, dictada a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, determinó que no es posible aplicar el artículo 9.1 "...deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicio-

nalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (Convenio N° 169, 1991), debido a que sería incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales. Sin embargo, diversos autores, han indicado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, la obligatoriedad interna del Convenio N° 169 (1991) y de sus normas está fuera de toda duda, al menos desde la ratificación del tratado que las contiene. Meza-Lopehandía (2013, pp. 343-344).

Efectuado ese primer acercamiento, se describirán los principios formativos del *Az Mapu* (información obtenida de las entrevistas realizadas en el marco de la presente investigación. También véase Consejo Nacional de la Infancia, 2015, p. 27) en relación con las personas, en virtud del *mapuche mogen* (modo de vida mapuche) la persona está en constante proceso de modelación y hay una serie de valores que debe alcanzar:

Kvme ce: persona buena, bondadosa

Newen ce: persona con fortaleza física y espiritual

Nor ce: persona recta

Kimvn ce: persona sabia o con conocimientos

Kvlfvn ce: persona alentada, con energía

Yam ce: persona respetuosa

Específicamente en relación con los valores que se transmiten en las primeras etapas del proceso de formación de *ce* (persona), los *kimche* (sabios mapuche) manifestaron los siguientes:

Ayewvn: alegrarse

Kejuwvn: ayudarse

Yamuwvn: respetarse

Esta afirmación, es coincidente con los relatos de cronistas como el norteamericano Edmond Smith que en 1853 estuvo en el territorio mapuche, y escribió respecto del sistema de crianza mapuche:

...a pesar de su impertinencia, los indiecitos son de buen índole, y aun cuando sus chanzas resultan a veces pesadas, no obran con malicia, ni tienen intención deliberada de molestar a su víctima.

Con semejante educación o más bien falta de educación en la juventud, puede parecer extraño que los mapuches no sean groseros en su trato social. Tienen una etiqueta especial y la observan con la mayor escrupulosidad (...) y

en muchos otros casos demuestran una buena crianza digna de naciones más civilizadas. (Smith, 1914, pp. 111-112)

Por otro lado, en cuanto a la temática de género, no se hallaron diferencias relacionadas a los valores impartidos en las primeras etapas de formación. Sin embargo, de acuerdo a lo manifestado por los *kimche* (sabios mapuche), si habrían diferencias en cuanto a las formas de enseñanza asumidas tradicionalmente al interior de cada familia:

...Como hoy en día hay una supra-atomización de la familia, hay pocos integrantes en la casa y eso va debilitando la formación de pares (...) antiguamente los pici wenxu [hombre chico] eran formados por los malle [tíos paternos] y las pici zomo [mujer chica] por las palu [tías paternas], por la formación patrilineal, las mamás venían de territorios alejados y ellos no veían tanto a los wecu [tíos maternos] y ñukentu [tías maternas]. (J. K. L., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

3.2. Az Mapu y pici ce. Conceptos jurídicos fundamentales y definición consuetudinaria

Hohfeld (1995, p. 47) manifiesta que uno de los mayores obstáculos para la solución de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a “derechos” (subjetivos) y “deberes”. De acuerdo a sus postulados, las relaciones jurídicas estrictamente fundamentales son *sui generis* y los intentos de definición formal son siempre insatisfactorios, por lo mismo, propone un mecanismo de análisis consistente en exhibir las diversas relaciones en un esquema de “opuestos” y “correlativos”: derechos (subjetivos) y deberes; privilegios y no derechos; potestades y sujeciones; inmunidades e incompetencias:

Siguiendo su método, y con el fin de comprender las relaciones normativas generadas entre los principios del Az Mapu y las personas pequeñas mapuche, se analizará lo manifestado por los kim ce (personas sabias) respecto de los conceptos jurídicos fundamentales identificados por Hohfeld (1995):

Derechos (subjetivos) y deberes:

A mí me cuesta mucho imaginarme eso de derechos, porque en otros ejercicios que hemos realizado, realmente no existe ningún concepto o ninguna idea que yo en mapuzungun (habla de la tierra) pueda homologar a derecho. Nosotros tenemos más la idea que la gente tenga cosas que se merezca o se gane, o deberes que se deben cumplir, o sea, es todo lo contrario. Uno dice, cuando este tiene cierta edad ya puede tal cosa, ya tiene que empezar a hacer tal cosa (...). Los deberes son un tema que está muy implícito dentro de lo mapuche, es como siempre lo que se está esperando, lo que el hijo o la hija logren ser en muchos ámbitos, de la ritualidad, del trabajo, en el ámbito so-

cial, como tú te relacionas con la familia (J. K.L., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Privilegios y no derechos:

No he tenido la oportunidad de conocer a nadie con privilegios especiales, y de hecho cuando se juntaba la gente o uno va a un xawün [reunión], la palabra de nadie vale más que la de otros, y actualmente sigue siendo así, yo nunca vi que alguien tuviera atención especial... (B. C. M., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Potestades y sujeciones:

Cuando uno ve que el niño tiene mayor desarrollo o cualidades sociales, se les puede otorgar mayores responsabilidades, obviamente tendrá mayor estatus también dentro del lof [territorio habitado por personas unidas por lazos sanguíneos]. (J. K. L., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Inmunidades e incompetencias:

Bueno, yo no conozco casos pero si situaciones cuando hay algún tipo de deficiencia, o cuando se trata de niños que traen alguna cosa que se les manifiesta muy tempranamente, alguna cosa relacionado con su kuxan [enfermedad], pero es muy raro, la mayoría de las veces, incluso en el plano espiritual, se les permite a los picike ce vivir esa etapa. Es muy difícil que desde muy pequeño se le prohíba vivir esa etapa, puede estar destinado a cumplir un rol, pero eso no le quita vivir sus etapas. (J. K. L., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Resumiendo, al intentar traducir la palabra “derechos” al *mapuzungun* (habla de la tierra) no se encontró traducción literal, sin embargo, a través de los correlativos jurídicos mencionados, pudo darse contenido a dicha expresión. De acuerdo a lo expresado en los testimonios, tanto la familia como las personas mayores que forman parte del proceso de formación del *picike ce*, tendrían el deber de transmitir a estos –las personas pequeñas– los valores que deben alcanzar, si ello no ocurre, se produciría una infracción:

... desde lo mapuche la transgresión hacia la infancia es cuando no se le prepara o no se le transmite el conocimiento que necesita para esa edad, para ese momento que está viviendo. Por ejemplo si uno no le enseña que no puede ir al río al medio día porque se puede enfermar, es una transgresión a su persona el hecho de no haberle entregado la información, el no enseñarle a estar preparado para enfrentar una situación que por ser mapuche le ocurre. (I. M. M., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

La situación correlativa en cambio, sería el derecho que tendrían los *picike ce* de recibir los elementos formativos que le permitirán ser y actuar como *ce* (persona), y en consecuencia, cumplir con sus deberes al interior del colectivo:

Primero creo que es hacer ejercicio los valores, es decir, si tu mamá te enseña a respetar y compartir, tu deber es al menos hacer ejercicio de eso, entonces el niño va creciendo como ser humano. Otro deber es que el niño tiene que saber escuchar, pero no es escuchar forzado, sino que uno lo lleva, saber escuchar a los animales, los pájaros, el agua, el viento, entonces con todos esos elementos después cuando somos mayores, cumplimos ese deber. Yo creo que está referido a lo valórico, más que a un rol. (I. M. M., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

En cuanto a la existencia de privilegios, potestades e inmunidades, y de acuerdo a la percepción de los *kimche* (personas sabias), no habría individuos que se encontrarán en tales situaciones, siguiendo las líneas argumentativas de Hoffeld (1991, p. 47) y a Eekelaar (2017, pp. 30-31), esa categoría iría más bien en el sentido que los padres, la familia y la sociedad mapuche, tendrían el privilegio e inmunidad para ejercer la formación de los *picike ce*, de acuerdo a sus propios valores y pautas de crianza. A su vez, en la medida que éste desde pequeño vaya incorporando dichas pautas, gozará de mayor reconocimiento, y en consecuencia, de mayores potestades al interior de su colectivo.

En otras palabras, la inmunidad o privilegio para formar al *ce* dentro del *lof* (territorio habitado por personas unidas por lazos sanguíneos), podría considerarse un derecho respecto de terceros como la sociedad chilena, e incluso el mismo Estado. Esto queda de manifiesto cuando se consulta por la creación de alguna una regla hipotética dirigida hacia la sociedad mapuche en relación con los *picike ce*:

Que los niños salgan de la escuela a vivir un proceso educativo intracultural, y esa misma regla se la entregaría a los adultos, a las comunidades, a los lof, no podemos poner normas para los niños si los adultos no los van a estar acompañando. (I. M. M., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Cabe señalar, que este hallazgo es coherente con lo establecido en el preámbulo y diversas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), por ejemplo:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (art. 5)

Esa norma, junto a otras disposiciones del mismo instrumento, establece fehacientemente que los padres tienen la responsabilidad primordial respecto del cuidado de la familia, y por lo tanto, de la protección, crianza y desarrollo del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, art. 3, 18, 25).

En relación con las medidas de protección que los Estados deben adoptar en relación con la niñez indígena, la Corte Interamericana ha señalado algo muy similar:

...la Corte estima que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma. (Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, 2010, p. 47)

4. Propuestas de diálogo entre la Convención sobre los Derechos del Niño y Az Mapu

4. 1. Contexto para el diálogo intercultural entre ambos sistemas

Una discusión recurrente en materia de derechos humanos, ha sido su origen occidental y su pretendida validez internacional. Ambos temas están interrelacionados, debido a que la efectividad y aceptación de dichos instrumentos dependerá en gran parte de cómo las diversas culturas se identifican con las presuposiciones que fundamentan los derechos como pretensión política y moral (De Sousa Santos, 1998b, pp. 194-195).

En esa línea, ha surgido una noción política diferente, consistente en que tanto la conceptualización como la práctica de los derechos humanos pasen de ser un localismo globalizado a un proyecto cosmopolita, en otros términos, que se pase de un proceso donde la cultura hegemónica absorbe a las culturas subordinadas, a uno donde los intercambios que se produzcan provengan de diferentes tipos de conocimientos, entre universos de topoi fuertes (De Sousa Santos, 1998a, pp. 356-357).

De acuerdo a ello, pese a que la mayor parte de los derechos que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) son prerrogativas individuales, cuando este instrumento 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) a otros principios reconocidos a los pueblos indígenas, en tanto colectivos titulares de derechos políticos, tales como la supervivencia cultural y la libre determinación, la supervivencia cultural, dice relación con aquellos derechos colectivos que las minorías étnicas y que se vinculan a su persistencia como tales, la preservación de las culturas, la reproducción del grupo como entidad diferenciada y la identidad cultural vinculada a la vida grupal y a la organización social. De Sousa Santos (1998b, p. 159). En virtud de la libre determinación en cambio, los pueblos indígenas establecen “...libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultura” (Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art. 3). De este modo, para que niños y niñas indígenas puedan vivir y desarrollarse plenamente (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, art. 6), es

necesario respetar, proteger y garantizar sus derechos individuales, en concordancia con los derechos colectivos de que son titulares en tanto miembros de pueblos indígenas, de ahí la dimensión individual y colectiva del principio de interés superior del niño, entendido como la “...*plena satisfacción de sus derechos*” (Cillero Bruñol, 2001, p. 8).

Sin embargo, este no es un tema pacífico, la conciliación entre los derechos individuales y colectivos sigue siendo altamente compleja, y persisten dilemas de interpretación al momento de evaluar y determinar el contenido del principio de interés superior, como ejemplo, Alston recoge este debate en diversos contextos culturales, poniendo atención a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior, concluyendo que en aquellos casos de difícil conciliación entre los derechos del niño y sus valores culturales, primarían los derechos humanos. Cillero Bruñol (2001), por su parte, (interpretando a Alston), indica que:

...en aplicación del principio del interés superior, la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del ‘interés superior’, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos. (p. 4)

El derecho a la identidad cultural del niño o niña indígena también es un derecho humano -reconocido como derecho a la identidad en general en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) y, específicamente, como identidad cultural en el 30 y 29- y, por lo tanto, no puede ser anulado *a priori*, en un caso concreto el derecho a la identidad cultural puede ceder frente a otro derecho humano, pero jamás debe ser descartado anticipadamente. En esta materia, la Corte Constitucional de Colombia, ha sentado importante precedente resolviendo casos donde existe tensión entre derechos humanos, a través del método de ponderación. A modo de ejemplo, en el caso SU-510 de (18 de septiembre de 1998) privilegió el derecho a la integridad e identidad cultural (derecho colectivo), en relación con derecho a la libertad de culto.

Efectivamente, la identidad cultural puede entrar en tensión –o aparente tensión– con otros derechos humanos cuando se estudia un caso específico y sus circunstancias (Observación general N° 14, 2013, p.18). Por ejemplo, la preservación de la identidad y el entorno familiar podrían colisionar con la necesidad de proteger al niño de aparentes vulneraciones, como ciertas actividades colectivas que desde una concepción monocultural podrían ser catalogadas como ‘trabajo infantil’, pero que desde los pueblos originarios se consideran como tareas necesarias para la socialización y formación de los niños, y que incluso han sido reconocidas por la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) junto al Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo (IPEC) (2000, p. 22), como parte de las estrategias culturales de

producción familiar. En esos casos, necesariamente debe realizarse una ponderación -siguiendo a Robert Alexy (1993, p. 89), cuando dos principios entran en colisión, uno de estos tiene que ceder ante el otro. Esto no significa declarar inválido al principio desplazado, sino más bien, que bajo ciertas circunstancias uno de ellos precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la procedencia puede ser solucionada de manera inversa- de los diversos elementos para determinar cuál es la solución que mejor atienda al interés superior, garantizando el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) y sus Protocolos Facultativos, así como el desarrollo holístico del niño (Observación general N° 14, 2013, p.18).

Esto último es concordante con lo sostenido por el Comité de los Derechos del niño, en el sentido que en la Convención no hay una jerarquía de derechos y que todos los derechos ahí previstos responden al interés superior del niño (Observación general N° 14, 2013, p.3).

4.2. Interés superior como fundamento del diálogo intercultural

Específicamente en el caso de los *picike ce*, los valores formativos mapuche y particularmente la concepción de persona que existe en el *Az Mapu*, podrían operar como un punto de encuentro ante eventuales tensiones. A modo de ejemplo, si para las sociedades occidentales los pilares del paradigma de los derechos humanos se sustentan en las nociones de igualdad, dignidad y libertad, para la sociedad mapuche el buen vivir se fundamenta en la unidad, reciprocidad, el carácter heterónomo de la naturaleza humana, y una idea del derecho asociada a obligaciones con el grupo y otras entidades anímicas (Antona Bustos, 2014, pp. 367-400).

Retomando la hermenéutica diatópica, es posible afirmar que el reconocimiento que la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) hace a las tradiciones y valores culturales de cada pueblo, es dialogante con los valores mapuche que cimientan el *Az Mapu*, y que están intrínsecamente relacionados a la formación que reciben los *picike ce*. Más específicamente, el sistema mapuche cuenta con principios y valores que, al ser considerados, pueden propiciar incluso una aplicación más efectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el pueblo mapuche:

Todos los newen [fuerzas] son iguales, no hay un newen superior a otro y las personas son una más de los newen. Por tanto, podemos decir que todos los newen son iguales, y si todos los newen son iguales, las personas también son iguales y no existe diferencia según etapa y, por tal razón en la cultura mapuche no se habla de niño sino que de persona más chica... (Bustamante Rivera y Quidel Cabral, 2001, p. 104)

Ello es corroborado por los *kimche* (sabios mapuche):

Volvemos al tema de la familia, que igual se ha ido transformando desde el mapuzungun [habla de la tierra], porque yo creo que el interés superior del

niño tiene que ver con las personas con que vive (...) por eso hay que pensar en el bienestar de los sujetos que están criando, poder generar situaciones de volver a encausarle, darle gvlam [consejo] o resituarlos dentro de un contexto más grande... (J. K. L., entrevistado para Curihuinca Neira, 2018)

Cabe agregar, que esa concepción colectiva del interés superior que reconoce al niño en su entorno comunitario, ha sido acogida por organismos como el Comité de los Derechos del Niño, y que indica:

...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. (Observación general N° 11, 2010, p. 7)

Siguiendo esa Observación, lo que hace válido el interés superior en el caso mapuche, es precisamente el estatus de persona integral que tienen los *picike ce*; la preocupación por su temprana socialización en el colectivo, en el medio y en los espacios, los valores que se le transmiten especialmente, las ritualidades de que forma parte y que contribuyen a su fortaleza física, espiritual, y en definitiva, a su bienestar.

En resumen, la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un alto grado de desarrollo y corresponde que el interés superior, en el caso de las pequeñas personas mapuche, sea interpretado según su propio contexto (Cillero Bruñol, 2001), asegurando máxima operatividad y mínima restricción de derechos (Cillero Bruñol, 2001) en tanto son personas y miembros de pueblos indígenas.

Conclusiones

Este trabajo presentó los resultados de una investigación que tuvo por objeto proponer vías para resignificar la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), a la luz del *Az Mapu*. Se estudió la Convención en contextos de diversidad cultural y se analizó pormenorizadamente el *corpus iuris* de infancia indígena, como sistema normativo que permite interpretar de forma armónica las disposiciones dictadas para los pueblos indígenas como colectivo, y aquellas dirigidas especialmente a niños y niñas miembros de esos conglomerados. Asimismo, se analizó la concepción de infancia en el pueblo mapuche; la importancia de la familia como espacio de preservación cultural; y las influencias que el colonialismo ha ejercido sobre esta.

Por otra parte, se describió como se aborda la infancia en el *Az Mapu*, dotando de contenido a diversos conceptos jurídicos fundamentales. Siguiendo ese método, al profundizar en los Topoi fuertes, se comprobó que tanto la familia como las personas mayores tienen el deber de transmitir a los *picike ce* los valores formativos que les permiten ser y actuar como *ce* (persona). Los *picike ce* en cambio, tienen el derecho de recibir de parte de esas mismas personas los elementos formativos.

Respecto a la existencia de privilegios, potestades e inmunidades, no se hallaron personas que se encontraran en tales situaciones en relación con el resto de la sociedad mapuche. El descubrimiento develó que los padres, la familia y la sociedad mapuche en general, tienen el privilegio e inmunidad para ejercer la formación de los *picike ce* de acuerdo a sus propios valores y pautas de crianza, y a su vez, en la medida que el *ce* desde pequeño va incorporando dichas pautas, goza de mayor reconocimiento y consecuentemente, de mayores potestades al interior de su colectivo. Bajo esa lógica, la potestad mapuche para formar al *pici ce* dentro del *lof* (territorio habitado por personas unidas por lazos sanguíneos), podría considerarse una inmunidad o privilegio respecto de terceros como la sociedad chilena e incluso el mismo Estado, potestad que como fue comprobado está reconocida en diversos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) y en la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Continuando, se descubrió que otra posibilidad de acercamiento entre la Convención y el *Az Mapu*, decía relación con la noción de bienestar. La concepción mapuche acerca de las personas pequeñas tiene aspectos comunes con el llamado “interés superior del niño”, aunque desde la noción del *kvme mogen* (buena vida, vida plena). El bienestar de los *picike ce* se reconoce en tanto ellos son *ce* (personas), y al igual como ocurre en el sistema occidental, su bienestar constituye un límite ante cualquier forma de arbitrariedad (Cillero Bruñol, 2001). Más específicamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) las inmunidades se producen en tanto el niño es titular de derechos humanos, en cambio, desde el *Az Mapu* las inmunidades se producen por el hecho de ser *ce* (persona). Desde un enfoque integrador de ambos sistemas, las personas pequeñas mapuche, pese a estar en proceso de formación, tienen el mismo nivel que los adultos y otros *newen* (fuerzas).

Cabe precisar, que el fundamento del bienestar en el *Az Mapu* es ontológicamente distinto al existente en la sociedad no mapuche. Las personas pequeñas tienen el mismo status que otros *newen* (fuerzas), pues la perspectiva de mundo no es antropocéntrica y la noción de bienestar no es aplicable sólo a las personas, por eso la conceptualización de derechos humanos es epistemológicamente insuficiente para ese caso concreto. En efecto, se comprobó que de forma similar a lo que ocurre en otros pueblos indígenas, en el modo de vida mapuche los pilares del buen vivir se fundan en el respeto, el equilibrio, la libertad, la unidad, la reciprocidad, el carácter heterónomo de la naturaleza humana y su dependencia de otras formas de vida (Antona Bustos, 2014, pp. 367-400). Sin embargo, esa diferencia epistemológica no implica obstáculo alguno al momento de interpretar y aplicar el principio del interés/bienestar superior a los *picike ce*. Como fue expuesto, de acuerdo a lo establecido en el artículo tercero de la Convención, el interés superior del niño es una más de las consideraciones a que se atenderá, no es la única.

En conclusión, si el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos (Cillero Bruñol, 2001), para respetar y garantizar los derechos de los *picike ce* necesariamente debemos propiciar un diálogo intercultural entre el *Az Mapu* y los derechos individuales y colectivos reconocidos en el *corpus iuris* de infancia indígena.

Agradecimientos

El artículo deriva de la tesis presentada para obtener el grado de Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, impartido por la Universidad Diego Portales. La investigadora agradece los comentarios efectuados por el equipo del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño al presente trabajo.

Para la traducción se contó con el apoyo técnico de la reconocida profesora de mapuzungun, Sra. Fresia Mellico Avendaño, quien trabajó con el grafemario de Ragileo.

Referencias Bibliográficas

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Antona Bustos, J. (2014). *Los derechos humanos de los pueblos indígenas: el az mapu y el caso mapuche*. Temuco: Universidad Católica de Temuco. Recuperado de <https://bit.ly/3dMV64T>

Antimil Caniupan, J. (2015). Pu Püchi kona. La vida de niñas y niños alquilados en el Gülu mapu. En E. Antileo Baeza, L. Cárcamo-Huechante, M. Calfío Montalva y H. Huinca-Piutrin (Eds.), *Awüñkan Ka Kuxankan Sugu Wajmapu Mew = Violencias coloniales el Wajmapu* (pp. 159-188). Temuco: Comunidad de historia mapuche. Recuperado de <https://bit.ly/3jbZGuu>

Bustamante Rivera, G., y Quidel Cabral, J. (2001). Convención de los derechos de los niños y las niñas y concepción mapuche de la infancia. En M. Brondi Zavala (Ed.) *Cultura e infancias: una lectura crítica de la Convención Internacional de los derechos de los niños y las niñas* (pp. 91-121). Lima: Terre des Hommes.

Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Serie C N° 212 (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 de mayo de 2010). Recuperado de <https://bit.ly/2HkB3zf>

Cillero Bruñol, M. (1998). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. [PDF]. Recuperado de <https://bit.ly/2T2i6DA>

Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación desde el Az Mapu.

Cillero Bruñol, M. (2001). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. [PDF]. Recuperado de <https://bit.ly/37dJUNA>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Alianza Territorial Mapuche. (2012). *Desigualdades territoriales y exclusión social del pueblo mapuche en Chile: situación de la comuna de Ercilla desde un enfoque de derechos*. Santiago: CEPAL. Recuperado de <https://bit.ly/3IZRI9G>

Comunidad indígena XákmokKásek Vs. Paraguay, Serie C N° 214 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de agosto de 2010). Recuperado de <https://bit.ly/34lrGYs>

Consejo Nacional de la Infancia. (2015). *Comisión técnica de niñez y pueblos indígenas*. [PDF]. Recuperado de <https://bit.ly/3465ykS>

Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <http://bcn.cl/1uva9>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Organización de los Estados Americanos, San José, Costa Rica, 18 de julio de 1978. Recuperado de <https://bit.ly/3ogz53i>

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Organización de los Estados Americanos, 27 de enero de 1980. Recuperado de <https://bit.ly/2FTRx0r>

Convenio N° 169. Sobre pueblos indígenas y tribales. Organización Internacional del Trabajo, 5 de septiembre de 1991. Recuperado de <https://bit.ly/2ITIdut>

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Organización de las Naciones Unidas, 02 de septiembre de 1990. Recuperado de <https://bit.ly/34jrSrm>

Curihuinca Neira, E. (2018). *Convención sobre los derechos del niño, y su aplicación desde el AZMAPU: hacia un diálogo intercultural de derechos humanos* (Tesis de Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Organización de los Estados Americanos, 14 de junio de 2016. Recuperado de <https://bit.ly/3jimyIY>

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Organización de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007. Recuperada de <https://bit.ly/3jmbLh2>

De Sousa Santos, B. (1998a). *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

De Sousa Santos, B. (1998b). *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

De Sousa Santos, B. (2011). *Hacia una concepción cultural de derechos humanos* (p. 15). Recuperado de <https://bit.ly/3dFnFkB>

De Sousa Santos, B. (2013). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Santiago: LOM.

Ekelaar, J. (2017). Responsabilidad parental como privilegio. En F. Lathrop Gómez y N. Espejo Yaksic (Eds.), *Responsabilidad parental* (pp. 13-31). Santiago: Legal Publishing.

Gertz, C. (1994). *Conocimiento local: ensayo sobre la interpretación de las culturas* (A. López Bargados, Trad.). Barcelona: Paidós.

Guevara, T., y Mañkelef, M. (2002). *Kiñe mufü trokiñche ñi piel = Historias de familias: Siglo XIX*. Temuco: Liwen.

Hilger, M. I. (2015). *Infancia: Vida y cultura mapuche* (C. Yver Morales, Trad.). Santiago: Pehuén.

Hohfeld, W. N. (1995). *Conceptos jurídicos fundamentales* (G. R. Carrio, Trad.). México: Fontamara.

Instituto Nacional de Estadísticas. (2018). Resultados Censo 2017. Por país, regiones y comunas. Recuperado de <https://bit.ly/31Ap6ME>

Liebel, M. (2013). *Niñez y justicia social: repensando sus derechos*. Santiago: Pehuén.

Mariman Quemenado, P. (2006). Los mapuches antes de la conquista militar chileno-argentina. En P. Mariman Quemenado, S. Caniuqueo Huircapán, J. Millalen Paillal, y R. Levil Chicahual (Autores), *jj...Escucha, winka...!!: cuatro ensayos de historia nacional mapuche y un epílogo sobre el futuro* (pp. 53-127). Santiago: LOM.

Medina Quiroga, C. y Nash Rojas, C. (2003). *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*. Recuperado de <https://bit.ly/31jX7Rj>

Melin Pehuén, M., Coliqueo Collipal, P., Curihuinca Neira, E., y Royo Letelier, M. (2016). *Az Mapu: una aproximación al sistema normativo mapuche desde el rakizuam y el derecho propio*. Territorio Mapuche. Recuperado de <https://bit.ly/3jbfqgc>

Meza-Lopehandía, M. (2013). El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En J. Aylwin Oyarzún, M. Meza-Lopehandía, y N. Yañez Fuenzalida (Autores), *Los pueblos indígenas y el derecho* (pp. 337-349). Santiago: LOM.

Nogueira Alcalá, H. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios constitucionales*, 7(2). doi: 10.4067/s0718-52002009000200007

Observación general N° 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención [sobre los Derechos del Niño]. Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 12 de febrero de 2009. Recuperado de <https://bit.ly/2Hp1DHj>

Observación general N° 14 .Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 29 de mayo de 2013. Recuperado de <https://bit.ly/3aJwqc1>

Organización Internacional del Trabajo y Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. (2009). *Trabajo infantil y pueblos indígenas en América Latina: una aproximación conceptual*. Ginebra: OIT. Recuperado de <https://bit.ly/2HoR0UW>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Organización de las Naciones Unidas, 3 de enero de 1976. Recuperado de <https://bit.ly/3oiUEQT>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Organización de las Naciones Unidas, 23 de marzo de 1976. Recuperado de <https://bit.ly/3ks7YjE>

Rojas Flores, J. (2016). *Historia de la infancia en el Chile republicano (1810-2010)*. Santiago: JUNJI. Recuperado de <https://bit.ly/2Te7pxQ>

Sentencia SU-510 (Corte Constitucional de Colombia 18 de septiembre de 1998). Recuperado de <https://bit.ly/3jnQ0NU>

Smith, E. R. (1914). *Los araucanos o notas sobre una gira efectuada entre las tribus indígenas de Chile meridional, Colección de Autores Extranjeros relativos a Chile publicada bajo la dirección de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía* (Vol. 1, Colección de autores extranjeros, relativos a Chile) (R. E. Latcham, Trad.). Santiago: Imprenta Universitaria. Recuperado de <https://bit.ly/3knyNFA>

Tuhiwai Smith, L. (2016). *A descolonizar las metodologías: Investigación y pueblos indígenas* (K. Lehman, Trad.). Santiago: LOM.

Valenzuela Reyes, M. (2016). Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho (Coquimbo. En Línea)*, 23(2), 211-240. doi: 10.4067/s0718-97532016000200007

Vidal Hernández, E., Calfuqueo Lefio, J., y Ancan Painemilla, F. (2017). Espacio y tiempo en la construcción de la dimensión de aprendizaje Rakizuam Ka Mapuzugun, A partir del saber de algunos Kimce del Bafkeh Mapu. En R. Becerra Parra y G. Llanquinao Llanquinao (Eds.), *Mapuche Kimün: relaciones mapunche entre persona, tiempo y espacio* (pp. 97-117). Santiago: Ocho Libros.

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Curihuinca Neira, E. (2020). Convencion sobre los Derechos del Niño y su aplicación desde el Az Mapu. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 27, e4569, <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0020>



DOI

Copyright del artículo: ©2020 Elsy Curihuinca



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.