

INFANCIAS, NARRATIVAS Y DERECHOS

TOMO II

Laura Lora (comp.)



Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho (UBA)

INFANCIAS, NARRATIVAS Y DERECHOS

TOMO II

Laura Lora (comp.)

Lora, Laura N.

Infancias, narrativas y derechos : tomo II / Laura N. Lora. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-3810-41-1

1. Derechos Humanos. 2. Derechos del Niño. I. Título.
CDD 341.48572



1° edición: mayo de 2021

ISBN Tomo II: 978-987-3810-41-1

ISBN Obra completa: 978-987-3810-39-8

© Departamento de Publicaciones

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

A. Figueroa Alcorta 2263 1° P (C1425CKB)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

Edición y corrección de estilo: Laura Pégola

Diseño y diagramación de interior y tapa: Nicole Duret

Impreso en la Argentina – Made in Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos está a cargo exclusivamente de los autores.

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Decano

Alberto J. Bueres

Vicedecano

Marcelo Gebhardt

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de Profesores

Consejeros Titulares

Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia /
Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis
Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo /
Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes

Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra /
Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra
González Napolitano / Graciela Medina /
Alejandro Norberto Argento

Claustro de Graduados

Consejeros Titulares

Carlos Mas Velez / Silvia Lorelay Bianco /
Fabián Leonardi / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes

Elisa Graciela Romano / Oscar Jiménez Peña / Aldo Claudio
Gallotti / Ana Florencia Adelardi Miranda

Claustro de Estudiantes

Consejeros Titulares

Víctor Francisco Dekker / Catalina Cancela Echegaray /
Yamila P. Ramos López / Luis R. López Lage

Consejeros Suplentes

Mauro C. Vera / María del Pilar Ciambotti /
Javier W. Bica Ríos / Julia Ben Ishai

Representante no docente

Lorena Castaño

Secretarios

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar

Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Daniel Pastor

Secretario de Coordinación y Relaciones

Institucionales: Marcelo Haissiner

Subsecretarios

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario de Investigación: Dr. Emiliano J. Buis

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí

Goldsztern de Rempel

Departamento de Publicaciones

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis Ricardo José Sáenz

Secretario: Lautaro Furfaro

INFANCIAS, NARRATIVAS Y DERECHO

Laura Lora (comp.)



Ponencias del Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia

*Facultad de Derecho, UBA. 18 y 19 de mayo de 2020.
Modalidad online a través de plataforma Zoom y transmisión en
vivo por el canal de YouTube del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”*

Índice

PARTE III. TEORÍA Y PRÁCTICAS INTERDISCIPLINARIAS PARA LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA 11

Autismo: objetos tecnológicos y cuarentena, *Silvia Elena Tendlarz* . .12

Identidad de género y niñez: el rol del abogado del niño y la importancia de la interdisciplina, *Romina Victoria Castillo y María Soledad Molina Diaz* 19

Educación y encierro en la posmodernidad: instituciones que intentan sobrevivir al paso de los siglos, *Gabriela Coronel y Orlando Cesoni* 33

La educación infantil como factor protector en el desarrollo cognitivo infantil, *L. G. Gago Galvagno, S. Stoisa y A.M. Elgier*. 55

Los derechos del niño en pañales. El control de esfínteres como proceso, *Ana María González Quiñones y Mariana Elizabeth Medina*. 73

Acceso a la educación e NNyA en situación de calle. El caso del Centro Educativo Isauro Arancibia, *Carla Virginia Gutiérrez* 88

Los niños como seres económicos y como actores financieros. Reflexiones ante la normativa que autoriza la apertura en forma autónoma de Cajas de Ahorro por parte de adolescentes, *Diana Fiorini y Laura N. Lora* 101

Comunicação e afeto Cascão e COVID19, *Maria Rita Mazzucatto y Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci* 114

Alcances y desafíos en la intervención interdisciplinaria con niñas, niños y adolescentes en contexto de Violencia de Género, *Karina Noelia Ojeda* 137

Las interpretaciones de la norma en el abordaje de situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes. Construcciones interdisciplinarias, *Lina Pérez, Marina Almada, Romina Ponte y Natalia Juárez* 148

Busca Ativa: Uma Família Para Crianças E Adolescentes Disponíveis Para Adoção, *Ana Cristina Teixeira Barreto* 159

Agenda parlamentaria tucumana: prácticas tutelares que impiden agenciamiento de las infancias, *Lucas S. Vidal* 175

El acceso discursivo a la justicia, *Eliana Wenk*. 191

PARTE IV. Migrantes, refugiados y desplazados. 205

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios de expulsión de sus progenitores. Una perspectiva desde el Estado argentino, *Marina Salmain* 206

Niñez migrante y apátrida, *Fernando Arlettaz* 231

Migración en relación con la niñez, *Carmen Alicia Bellegarrigue Pino* 241

Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración: la práctica y los derechos, *Cecilia Bertole y Esteban Torraba* 252

El derecho de los niños a ser escuchados en el procedimiento migratorio, *Matías N. Pascual* 267

Reflexiones acerca de algunas ópticas reduccionistas en la comprensión y abordaje de los fenómenos de migración, refugio y desplazamiento en la infancia, *Laura Poverene* 284

Los infantes migrantes mueren antes de tiempo, *Silvino Vergara Nava*. 302

PARTE V. Pueblo originarios e infancia 322

Acceso a la justicia para la niñez y adolescencia indígena,
Paula Barbieri 323

Pobreza y desnutrición infantil en comunidades originarias,
Pilar Ermilio Paez. 348

Tekomboé: la discapacidad en la interculturalidad y el bilin-
güismo, *Julio Pereyra 364*

Niñez y pueblos originarios: abuso y violencia sexual infantil,
Marianela Rifo y Rocío Ale. 366

Huellas de infancia en las comunidades indígenas: experiencias
en la comunidad Huarpe Guanacache, San Luis, Argentina,
Graciela B. Rodríguez Murano. 374

La relevancia de la familia en las comunidades originarias a la
luz del sistema interamericano de derechos humanos, *Rodolfo
Samir y Lazo Delgado 398*

La construcción de los derechos sexuales de los NNA en la ju-
risdicción indígena, *Misael Tirado Acero 413*

PARTE III

*TEORÍA Y PRÁCTICAS INTERDISCIPLINARIAS
PARA LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA*

Autismo: objetos tecnológicos y cuarentena

Silvia Elena Tendlarz

El mundo contemporáneo se confronta con el impacto de una pandemia, acontecimiento histórico, como llama Lacan a las epidemias, que produjo una ruptura radical en nuestras cotidianidades. El COVID-19 apareció como una tormenta, irrumpió en nuestra existencia haciendo tambalear las rutinas que ordenan y dan seguridad a cada uno de nosotros. El virus es real y la respuesta frente a la posibilidad de contagio fue la del aislamiento y el distanciamiento social.

En el ámbito analítico se planteó entonces la pregunta de cómo continuar con los tratamientos sin que sean presenciales. El recurso a las distintas plataformas de internet permitió que continuaran en la medida que los sujetos lo solicitaban.

Ahora bien, ¿qué lugar darle a los objetos tecnológicos y al uso de internet en el tratamiento de un sujeto con autismo durante la cuarentena y el distanciamiento social?

1. Algunas puntuaciones sobre el autismo y el tratamiento analítico

El autismo no es una enfermedad sino que es un funcionamiento subjetivo singular y constante a lo largo de la vida. Con el dispositivo analítico se intenta desplazar el encapsulamiento autista, de modo tal que se puedan incluir objetos y personas en un mundo cada vez más amplio.

La soledad y la inmutabilidad, la fijeza, son dos características que usualmente describen al autismo: niños sin contacto con el mundo, encerrados en actividades solitarias y repetitivas que expresan la necesidad de mantener un orden rígido, sin que nada cambie, como una modalidad de defensa contra la angustia.

En realidad, la soledad no es tan radical como se la puede suponer puesto que una parte de los niños buscan a su manera aproximarse al otro. Existe en los niños autistas un “lazo sutil” que posibilita un trabajo analítico, de modo tal de desplazar el muro invisible del encapsulamiento autista, y eso hace que no queden totalmente a solas con sus invenciones. La escucha del niño busca encontrar algo

nuevo en la repetición a partir de sus intereses específicos, sus pasiones, mal llamados obsesiones.

El discurso del niño autista no es pura estereotipia, si los escuchamos podemos encontrar, como dice Lacan, que tiene algo para decirnos. Muchas veces la repetición de lo mismo opaca el encuentro con la contingencia de aquello que aparece en forma espontánea en el tratamiento y debe ser escuchado.

La televisión, los grabadores, los juguetes del consultorio, el teléfono, las computadoras, las pantallas, o las distintas aplicaciones digitales, son utilizados comúnmente por los niños en sus análisis por fuera del diagnóstico. Lo que varía es el uso que puede darle el sujeto autista en la medida que se vuelven la apoyatura para desplazar su encapsulamiento, bordes que les permiten controlar y repetir determinadas secuencias.

La orientación del tratamiento no debe responder a un protocolo universal sino que debe contemplar las singularidades y los detalles que dan cuenta de los hallazgos y encuentros en el interior del tratamiento. Por otra parte, se intenta alojar a los padres, sin culpabilizarlos, recibirlos desde sus posiciones subjetivas singulares y acompañarlos, no desampararlos y, sobre todo, respetar sus elecciones. Los padres no solo buscan un diagnóstico, muchas veces ya tienen uno, dada la detección cada vez más precoz del autismo, pero buscan corroborarlo. Por otro lado, el mundo es experimentado como particularmente intrusivo en el autismo, y eso hace que la vida cotidiana requiera un esfuerzo de invención también por parte de los padres para la alimentación, el sueño, el control de esfínteres, la escolarización, como así también frente a las “pasiones” que absorben a sus hijos.

Aun a través de repeticiones monocordes o estereotipadas los niños incluyen las temáticas que los preocupan. Por ejemplo, un niño en medio de la repetición de su secuencia fija con los juguetes me pregunta espontáneamente y en forma reiterada durante toda la sesión si yo estaba viva, relata así, sin expresarlo directamente, la muerte de un ser querido.

Existen innumerables maneras de establecer un lazo sutil con el sujeto autista, sin intrusión, de modo tal de incluirse en su encapsulamiento y desplazarlo, y los analistas buscan hacerlo a través de sonidos, objetos, ritmos, pequeños hallazgos inesperados, utilizando juguetes, golpecitos, abriendo o cerrando los ojos, imitando movimientos, quedando en silencio, nombrando una palabra, a través de secuencias de números, y también utilizando objetos tecnológicos

como teléfonos, tablets, computadoras, a través de recursos que dan cuenta de una serie que resuena con la Torre de Babel.

Las máquinas, los objetos tecnológicos, no son una expresión de la inhumanidad del autista sino que pueden volverse otro instrumento para entrar en contacto con él. Se puede hablar con el sujeto autista a través de las máquinas como así también se lo hace a través de las marionetas y de otros objetos que operan como dobles. Ellas posibilitan una repetición en el uso de los dispositivos y producen una pluralización de recursos. La máquina funciona también como una manera de regular la vida en la medida en que introduce leyes a un viviente caótico. De allí que Eric Laurent señala que se puede dirigirse al sujeto a través de las máquinas y hablar con las máquinas, de modo tal que el circuito no se detenga sino que se amplifique. Por otra parte, los dispositivos que los autistas utilizan para filmar, fotografiar o grabar aquello que está fuera del campo de la visión, construyen un campo de la mirada con una costura topológica que le es propia.

En la medida en que la enunciación queda afectada en el autismo, con las distintas modalidades evocadas por Maleval de la enunciación muerta, desfasada, borrada o técnica, los sujetos utilizan una voz monótona al hablar, una lengua artificial, con un acento extranjero, produciendo una multiplicidad enunciativa.

En un coloquio que tuvo lugar en Rennes en octubre 2019 Jean-Claude Maleval señaló que los robots pedagógicos pueden despertar el interés del niño autista por su voz monótona y sus ojos sin mirada, funcionando como un borde prêt-à-porter, como un compañero imaginario y tener una función protectora. No obstante, no funcionan como un mediador social.

Los sujetos autistas en el análisis arman circuitos, secuencias contingentes que iteran en las sesiones. La intervención del analista no apunta de ninguna manera a extraerle los objetos autistas que forman parte de su encapsulamiento, como así tampoco a desmoronar y hacerle ceder sus intereses específicos, sus pasiones, que también forman parte de su encapsulamiento.

Tomemos a modo de ejemplo el caso de Owen, joven autista de 23 años que tiene un gusto particular por las películas de Disney. Durante su infancia pasaba gran parte de su tiempo frente a la pantalla mirándolas una y otra vez. La repetición de las imágenes y de los diálogos ponen en juego lo visual y el sonido de modo tal de volverlas imágenes sonorizadas.

Escuché el testimonio de Owen durante el Coloquio *Affinity Therapy* en Rennes en 2018 y allí explicó que de niño no entendía qué decían las películas pero que le gustaba el color y las expresiones exageradas. La repetición de las mismas películas le daba seguridad porque sabía qué sucedería. Es más, agregó, “Las películas no cambian, por eso las quiero, pero yo cambié”. Y es verdad, Owen cambió. De la repetición pueden surgir cosas nuevas tal como lo pone en evidencia el devenir de este joven.

En sus primeros años Owen deja de hablar, deja de usar las palabras que ya conocía y se sumerge en un profundo silencio. Su padre, Ron Suskind, premio Pulitzer obtenido por sus libros sobre política, da testimonio de la historia de su hijo en el libro *Vida, animada*. Las numerosas consultas que se originan entonces lo conducen a un diagnóstico de autismo atípico. Pero algo se mantiene estable a lo largo de los años: su “pasión”, su afinidad por las películas de Disney. Los padres se preguntan entonces si deberían sacárselo, pero deciden no despojarlo de su punto de interés.

Un cálido y lluvioso sábado por la tarde de noviembre, como lo escribe su padre, algo sucedió. Owen disponía de una palabra que era *jus*, jugo, y ese día, como desde hacía algunas semanas, se pone a murmurar *juicervoice*. La madre supone entonces que Owen pedía más jugo, pero el niño lo rechaza. En ese momento Owen estaba mirando “La sirenita”, como más de una docena de veces antes, en donde la bruja del mar va cantando como una diva y le dice a la sirenita que le dará su amado a cambio de su voz. Lo particular era que no veía toda la película sino que se detenía reiteradamente en el momento en que está cantando “Pobres almas en desgracia”. Avanzaba y retrocedía la película para volver a escuchar la canción. A la cuarta vez la madre dice que no es jugo lo que pide sino que su hijo repite *Just your voice*, solo su voz, homofónico en inglés en la primera parte de la frase con la palabra jugo. La sirenita perdió su voz en el momento de la transformación y eso le sucedió a su silencioso hijo, escribe Ron. El niño que perdió su voz vuelve a hablar nuevamente, y en ese momento le dirige al padre la mirada teniendo el primer contacto real con él.

Este encuentro azaroso les permitió a sus padres tomar su afinidad hacia las películas de Disney para intentar ponerse en contacto con ella través de la repetición de los diálogos y a partir del respeto por los intereses específicos. Así, en su tratamiento, Owen paulatinamente aprendió a leer y a escribir, se aproximó a sentimientos que

mantenía a distancia, e introdujo variaciones con los que fue desplazando su encapsulamiento autista.

En el colegio que actualmente concurre, Owen creó el *Disney Club*: sus treinta y cinco miembros hablan la lengua Disney, y allí encontró a su actual novia. Y algo más: Owen dibuja los personajes de Disney, sin héroes, tan solo personajes secundarios y él se vuelve el protector de los compañeros que son todos iguales. En su testimonio Owen dice que las pasiones abren un camino al mundo y Owen encontró el suyo.

2. El tratamiento durante la cuarentena

Durante una reciente conferencia Iván Ruiz, psicoanalista catalán director de la película *Otras voces*, presentó algunos problemas que surgieron durante la cuarentena en España con sujetos autistas. Señaló sobre todo las cuestiones temporales y espaciales que trajo aparejado. En primer lugar las escansiones temporales que arman las rutinas del niño quedaron alteradas. Y en segundo lugar, los espacios más reducidos con los que cuentan en gran parte los departamentos distorsionó el tránsito por los circuitos que arman su rutinas que implica la distinción entre la escuela y la casa, el adentro y el afuera. La falta de distinción genera angustias y a veces episodios de excitación con los que se tenían que confrontar los padres y buscar alguna invención para restablecer un afuera adentro de la casa.

Nosotros podemos añadir a estas reflexiones que en los tratamientos por internet también los analistas estamos con el niño o el adolescente dentro de su casa, pero también por fuera, desde nuestras propias casas armando una particular topología del espacio. Pero el punto fundamental es que estemos junto al niño en su encapsulamiento autista para poder operar en la dirección de la cura.

La experiencia muestra que no todos los niños y adolescentes autistas han aceptado esta propuesta de tratamiento, como tampoco los padres. Algunos padres mantuvieron entrevistas para una interlocución acerca de sus invenciones para darles respuestas a sus propios hijos.

No obstante, si bien existe una diversidad de máquinas y objetos digitales en las que el niño se apoya para construir su propio mundo bajo la modalidad de la repetición, no es lo mismo los objetos que trae al tratamiento y que cuenta con la presencia del analista, que el analista se encuentre adentro del aparato, ya sea bajo la modalidad de la voz o de la imagen, es decir, que estén solos o con sus propios

padres sin la presencia del analista y los empujan a desplazarlos de acuerdo con esta nueva coyuntura.

Las respuestas a esta propuesta son múltiples: algunos expresan inquietud, indiferencia o rechazo, y para otros tiene el efecto de pacificación por volverse menos intrusiva su presencia o incluso contribuye al desplazamiento de sus intereses específicos. Hay que tener en cuenta que esta nueva propuesta rompe con los circuitos iterativos que mantiene el orden del mundo del autista.

Los tratamientos analíticos presenciales utilizan los objetos tecnológicos que eventualmente trae el niño como repeticiones apoyadas en imágenes, ya sea con dibujos que muestra o repite; o alojando una voz fuera del cuerpo en la medida en que se aloja en un grabador o en un micrófono; o dando lugar al despliegue de afinidades e intereses específicos. Estos objetos se vuelven así el soporte de desplazamientos del encapsulamiento autista, objetos mediadores como lo llama Maleval, objetos transitorios, según la expresión de Laurent, y personalmente incluiría también la expresión de “auxiliares del relato” sobre los que se apoya para su trabajo bajo transferencia dentro del dispositivo analítico.

La mayor parte de los niños y adolescentes que han respondido a la propuesta de un tratamiento digital, conocían ya al analista y estaban en tratamiento analítico o en entrevistas con él, dando cuenta sí de la inclusión del analista en su encapsulamiento, y en algunas ocasiones, de la transferencia de los padres hacia el analista.

La propuesta digital tuvo distintos efectos:

1. Regulación del lazo con el Otro. Por ejemplo un niño durante la entrevista le indica a su analista cuándo hablar y cuando no, ejerciendo un cierto control. No habla ni tampoco contesta en la sesión pero sí le dice al analista cuándo hablar, volviéndolo de esta manera menos intrusivo.
2. Regulación de la temporalidad. Un analista le enviaba pequeños videos a su paciente, y el niño los repetía en forma diferida. Otro niño ponía en pausa la videoconferencia de modo tal de regular el tiempo.
3. Regulación de la imagen. Los niños se acercan y se alejan de la imagen. Miran al analista, le dan la espalda, se ponen de costado, incluso se detienen a mirar solo su propia imagen en el celular. Hay que tomar en cuenta el marco que brinda el aparato que también circunscribe una imagen y otra más allá del aparato.

4. Regulación de la voz fuera del cuerpo. Los niños pueden hablar o callar, enviar mensajes de voz o mensajes por escrito.
5. Regulación de la mirada. En algunos casos el analista se volvió menos intrusivo porque podía utilizar desde la imagen misma otro objeto mediador como ser un animal doméstico o hasta los propios padres.
6. Inclusión en circuitos iterativos. Algunos niños han absorbido esta contingencia en su estilo de funcionamiento y sus intereses específicos, por lo que continúan con sus juegos iterativos a través de las videollamadas.
7. Y, por último, hay que tomar en cuenta que interesarse por los teléfonos no los han conducido necesariamente a hablar con el analista a través de esos aparatos y algunos han rechazado esa propuesta. No todos los niños y adolescentes lo aceptan y quedan a la espera de un tratamiento presencial.

Si bien el tratamiento por internet o telefónico ha resultado en muchos casos una opción legítima, la imagen no sustituye la presencia del cuerpo del analista en la sesión. Por otra parte, los niños muy pequeños no reaccionan de la misma manera como los más grandes, sobre todo teniendo en cuenta que el inicio del autismo ocurre en la pequeña infancia y niños de corta edad entran en tratamientos analíticos.

Para concluir, el tratamiento analítico busca extraer al niño de su homeostasis inicial e incluirlo a través del trabajo en transferencia, sin forzamientos, en un desplazamiento que tome en cuenta sus intereses específicos, y que logre producir algo nuevo en la repetición. Se debe partir del respeto de las soluciones y las afinidades propias del niño para que pueda encontrar su “saber hacer” en el mundo.

La contingencia de la pandemia puso a prueba la capacidad de invención tanto de los niños y adolescentes, de sus padres y también la de los analistas para encontrar nuevas propuestas para continuar los tratamientos.

Tomemos esta contingencia y las distintas invenciones que han ido desplegando los niños y adolescentes con autismo puesto que de su tratamiento todavía tenemos mucho por aprender.

Identidad de género y niñez: el rol del abogado del niño y la importancia de la interdisciplina

*Romina Victoria Castillo¹
y María Soledad Molina Díaz²*

1. Introducción

Hace muy poco se han cumplido ocho años de la sanción de la ley 26.743 sobre Identidad de Género. Más precisamente, fue el 9 de mayo de 2012 que se logró la sanción de esta, la cual ha sido promulgada el día 23 del mismo mes y año. Esto fue realmente un logro para la comunidad LGBTIQ+ que, tras años de lucha, consiguieron que se garantice a las personas cambiar de nombre y sexo asignados al momento del nacimiento tanto en la partida como en el DNI. Cabe aclarar también que hemos sido el primer país en tener una normativa del estilo, convirtiéndonos en ejemplo para el resto de la comunidad internacional.

En definitiva, esta ley garantiza el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de la persona de acuerdo con su identidad de género, a ser tratada de acuerdo con esta, y en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad.

Es decir, la ley permite que las personas transgénero puedan ser inscriptas en sus DNI personales con el nombre de pila y género a elección.

2. Marco teórico

Previo a analizar la cuestión en específico sobre la aplicación de la ley en lo que respecta a Niños, Niñas y Adolescentes, debemos ponernos en contexto. ¿Qué es la identidad de género? El artículo 2 de la ley 26.743 establece: “Se entiende por identidad de género a

1 Abogada UBA, docente universitaria, abogada del niño perteneciente a la Defensoría del Niño, Niña y Adolescente del Colegio de Abogados de San Isidro.

2 Abogada UBA, abogada del niño perteneciente a la Defensoría del Niño, Niña y Adolescente del Colegio de Abogados de San Isidro.

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

De esta definición entonces se desprende que la identidad de género no necesariamente requiere de una transformación a nivel físico o de apariencia. Asimismo, se establece que todos los tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género (es decir, los tratamientos hormonales y las posibles modificaciones quirúrgicas corporales) sean incluidas en el P.M.O (Plan médico obligatorio), lo que debería garantizar las prácticas del Sistema de Salud y las coberturas, ya sean de entidades públicas o privadas.

Es importante resaltar que en ningún caso la reasignación genital total o parcial, constituye requisito para el acceso a la solicitud de cambio. Esto solo representa una opción, a deseo de la persona, no a requerimiento del organismo que opera en esa rectificación de la partida de nacimiento original y posterior cambio modificatorio en el DNI.

3. Género y niñez

Hechas las aclaraciones, también es necesario acotar el ámbito de estudio, ya que a lo largo de estas páginas nos estaremos enfocando en la vivencia de menores de edad, es decir que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra legislación a través de la Ley N° 23.849 “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Una vez delimitado el objeto de análisis del presente, deberemos retomar el contenido de la ley 26.743 de Identidad de género y de la Convención sobre los Derechos del Niño para entender el impacto que la primera tiene sobre los menores de edad.

La Convención determina que su aplicación es obligatoria “en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen *derecho a ser oídos* y atendidos cualquiera

sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos...”, norma que debe ser interpretada en relación con el art. 3 del mismo cuerpo normativo que refiere al interés superior del niño. A nivel local, es de aplicación la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada en el año 2005, que, en su artículo 3° entiende al interés superior como “...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” y haciendo especial hincapié en el inciso b) de dicho artículo que refiere al derecho *a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta*.

Más adelante retomaremos este artículo ya que también es de especial importancia el grado de madurez del niño a los efectos de llevarlo a la práctica.

La ley 26.061 marca un antes y un después en la tutela y protección de derechos, introduciendo pilares a nivel nacional tales y principalmente como el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente que ya hemos definido más arriba.

Por otra parte, esta ley también establece cuáles son los Derechos y Garantías primordiales, enumerando entonces:

- Derecho a la vida
- Derecho a la dignidad e integridad personal
- Derecho a la vida privada e intimidad familiar
- DERECHO A LA IDENTIDAD
- GARANTÍA ESTATAL DE IDENTIFICACIÓN. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DEL ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.
- Derecho a la documentación
- Derecho a la Salud
- Derecho a la educación
- Gratuidad de la educación
- Prohibición de discriminar por estado de embarazo, maternidad y paternidad
- Medidas de protección de la maternidad y paternidad
- Derecho a la Libertad
- Derecho al deporte y al juego recreativo
- Derecho al medio ambiente
- Derecho a la dignidad
- Derecho a la libre asociación
- Derecho a opinar y a ser oído
- Derecho al trabajo de los adolescentes
- Derecho a la seguridad social

- Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos
- Principio de igualdad y no discriminación
- Principio de efectividad
- Deber de comunicar
- Deber del funcionario de recepcionar denuncias

La intención en esta transcripción de Derechos y Garantías, no fue ni más ni menos que la de tenerlos bien presentes y rescatar el cruce que se produce entre la Protección Integral de esta Ley Marco y los postulados de la 26.743 rectora en materia de Identidad de Género.

A criterio subjetivo de esta parte, resaltamos en ese cruce, el derecho a la dignidad, a la Identidad, por qué no a la garantía estatal en la Identificación, ya que la modificación en el cambio de género también nos lleva a la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Civil (Estado y Capacidad de las personas), el derecho a la salud, en cuanto a las garantías de los procesos que deseen encarar como medio para la modificación genital, total o parcial, así como también el acceso al tratamiento hormonal, o inclusive al psicológico, el derecho a la libertad como norma principal en esta sociedad democrática que habitamos, y en un estado de derecho que me proporciona que mi libertad no solo sea ambulatoria, sino también una libertad más amplia que inicia desde mi autopercepción, las garantías mínimas de procedimiento y la asistencia estatal con la que lxs menores podrán contar en el proceso de transformación y modificación que elijan encarar de acuerdo con su Identidad de Género, en fin, hay sin dudas una sinergia en los textos de las normas citadas que hace que quienes trabajamos acompañando estos procesos en niños, niñas y adolescentes, nos veamos obligados a que sus derechos y garantías sean respetados en un concepto más macro de lo que siquiera podríamos haber pensado años atrás como operadores del Sistema.

Hoy en día son varios los casos de niños menores de 13 años que han obtenido su nuevo DNI reflejando su identidad autopercebida gracias a esta ley. De hecho, desde el año 2018 hemos atendido en la Defensoría del Niño múltiples casos de esta índole.

Quizás el caso que más ha resonado en los medios es de Luana, una niña de Merlo que a sus escasos dos años le manifestó a su madre “yo nena, yo princesa”. ¿Qué hacemos frente a una situación así?

4. Trámite de rectificación de la partida de nacimiento

Previo a ahondar en el protocolo que utilizamos dentro de la Defensoría del Niñx donde trabajamos, es necesario que expliquemos las pautas contenidas en la ley de identidad del género para la rectificación de las partidas de nacimiento que, luego, permitirán reflejar el cambio de identidad en el DNI.

Este “trámite” para canalizar el deseo del Niñx está contemplado en los arts. 3 a 5 de la ley de Identidad de Género. ¿Por qué resaltamos la palabra trámite? Más adelante desarrollaremos que, a veces (y en líneas generales) para el sistema burocrático del Registro Civil en el que se halle radicada la partida de nacimiento de la persona que desea el cambio en su género, termina siendo simplemente eso, un trámite, y no se mide en términos reales, que quien llega a solicitar eso que llaman “trámite” es el corolario de su proceso interno de autopercepción, encara y culmina ni más ni menos que en un cambio de vida de 360° para que todo su proceso de transformación termine siendo finalmente ostensible para la sociedad en la que habita.

El art. 3 expresa: “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”. El trámite es simple y sencillo cuando se trata de personas mayores de 18 años, sin embargo, tiene mayores requisitos cuando se trata de menores de edad. Por ello, el art. 5 de la norma citada amplía: “Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° –requiriendo ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original– *deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a* de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes...”.

Ahora, ¿Qué ocurre cuando uno de los progenitores se niega a prestar dicho consentimiento? El mismo artículo dispone: “cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a...”.

bre la “vía sumarísima” no son del todo claras en el texto de la Ley, pero se entiende en la práctica, que hace referencia a lo expeditivo que puede y DEBE ser un proceso de estas características, en cuanto a celeridad y economía procesal.

Claramente en este punto, se produce el deber de informar al niñx o adolescente de su derecho a ser representado por un abogado especialista en la materia, y se requerirá su conformidad para iniciar y llevar adelante dicho proceso judicial, con la debida información acorde, justamente, a su capacidad de comprensión de acuerdo con los parámetros mencionados, de todo lo que tal proceso traerá como consecuencia para sí y para su entorno.

Es importante destacar que la ley en su texto no menciona que se requiera la intervención de equipos interdisciplinarios, certificados de ninguna índole, cambio exterior en la apariencia del requirente e incluso acreditar la realización de tratamientos médicos o psicológicos como requisito esencial para el trámite ya que siguiendo las tendencias en la materia no se busca patologizar la condición Trans.

Así, también se aclara que en todos los casos (de contarse o no con el consentimiento de los progenitores) la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del **abogado del niño** prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061 con los fines de salvaguardar garantías mínimas de procedimiento, garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Dentro del ámbito de la Provincia de Buenos Aires este artículo ha sido reglamentado a través de la Ley 14.568. En pocas palabras, será el abogado del niñx quien patrocinará al Niñx o Adolescente, representando los intereses personales e individuales de los patrocinados ante cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte.

Esto nos trae al último punto de interés. Ya hemos hablado del procedimiento a los efectos de obtener la rectificación de documentos de identidad y partidas de nacimiento conforme la identidad autopercebida para TODOS LOS MENORES DE EDAD, entendemos por ello entonces, TODOS LOS MENORES COMPRENDIDOS ENTRE 0 y 18 AÑOS. No se cuestiona que a partir de los 13 años de edad el menor tiene la capacidad intelectual y madurez suficiente para comprender el rol del abogado, cuál es su pretensión y que se espera del profesional que lo representa, pero ¿Qué ocurre con aquellos menores que aún no han cumplido la mencionada edad?

Quedará a cargo del elevado criterio de cada profesional evaluar las condiciones del pequeño cliente y su capacidad progresiva que le permita entender la función del abogado del niñx. Aun así, en los ca-

Los de los menores de diez años se discute que la representación que ellos requieren no es la de un abogado del niño sino de otra figura como sería el tutor especial. De todos modos, nunca ha de perderse de vista el interés superior del niño, máxime en situaciones como la que hemos examinado a lo largo de estas páginas donde, no solo se encuentran comprometidos los derechos de un menor de edad, sino que por lo general suelen venir acompañados de conflictos emocionales que requerirán SI O SI de la interdisciplina.

Por último, como abogados del niño no solo deberemos acompañar a nuestro cliente en la realización del trámite de cambio registral previsto por la ley, gran parte de estos casos devienen en la vulneración de derechos del niño trans como el acceso a la educación y a la salud por discriminación negativa y bullying, simple y llanamente porque se trata de una cuestión desconocida la cual recién está comenzando a tomar dimensión en la sociedad, para ello también contamos con herramientas de protección en la Ley de Identidad de Género como el reconocimiento del derecho al desarrollo personal y al trato digno que se combinan con la protección específica de la Convención sobre Derechos de los Niños.

En síntesis, el patrocinio del Abogado del Niño es fundamental como requisito *sine qua non* para llevar adelante el trámite básico en la materia que representa la rectificación inicial en la partida de nacimiento de la persona que desea el cambio.

5. Protocolo de acción: rol del abogado del niño y la importancia de la interdisciplina

Cada vez que en la Defensoría en la que trabajamos, se recibe un caso de esta naturaleza, nos ocupamos de abordarlo interdisciplinariamente. Ya que se nos exige considerar en cada caso en particular la “Capacidad Progresiva e Interés Superior” pero ¿Cuál es la capacidad progresiva que podemos generalizar en todos los niños, niñas o adolescentes de acuerdo con su edad? ¿Cómo percibir, detectar e individualizar ese interés superior que la ley promueve fuera del discurso paterno o materno del que ese niño, niña o adolescente pueda dar cuenta como resultado de su autopercepción y su deseo de cambio?

Es difícil desde un rol puro y exclusivamente legal como letradas poder discriminarlo ya que nuestra formación de base carece de herramientas que nos permitan realizar este tipo de abordaje.

Por esta misma razón, es que en la Defensoría trabajamos constituyendo equipos interdisciplinarios: abogados trabajando en conjun-

to con psicólogas, psicopedagogas e incluso asistentes sociales, para poder acompañar al niño y adolescente en la valoración real de su deseo y el abordaje del cambio a promover que, en definitiva, es solo ese proceso vía trámite administrativo o vía sumarísima judicial lo que provocará que sea ostensible para los demás y modificará la forma de identificación como sujeto de derecho dentro de la Comunidad que habita y de la que forma parte.

Generalmente y cuando nos citan para hablar de este tema, solemos decir algo como premisa fundamental para la intervención. No hay dudas que cuando un niño viene a la Defensoría a pedirnos el cambio de género es a los fines de promover el trámite frente al Registro y para ello requiere nuestro patrocinio pues así lo requiere la ley.

Sin embargo, es importante señalar que nuestro rol dentro del trámite de rectificación de la partida es de mera herramienta jurídica, no podemos exigir explicaciones al niño de su decisión porque el camino de la autopercepción no se gesta frente al Abogado, se gesta de manera interna y es un proceso largo que simplemente “decanta” en la manifestación registral.

Cuando detectamos dudas, o visibilizamos que el discurso no es del niño o adolescente sino que se ve teñido por la palabra de sus progenitores (para bien o para mal) es cuando damos MAYOR intervención al equipo PSI, ¿Y por qué decimos mayor? porque en cada caso de esta naturaleza que recepcionamos, la entrevista inicial siempre se produce como equipo interdisciplinario: Abogada + Psicóloga.

Siempre y en cada caso la escucha es así. No solo con el niño, sino también con quien lo acompañe. Es dable manifestar que no siempre son los progenitores, quienes en muchos casos son los que se oponen fehacientemente a dicho cambio.

Hay veces en que son acompañados por personal de la escuela a la que asisten, o por familiares en línea directa pero no del núcleo más íntimo, como puede ser un tío, tía o un primo, y en otras ocasiones son acompañados por pares o parejas.

En todos y cada uno de los casos, antes de efectivizar el pedido de turno y posterior trámite frente al Registro Civil en el que se encuentren inscriptos, (si es que podemos avanzar en lo administrativo y no debemos de entrada dar inicio a lo judicial) se busca el contacto con sus progenitores, los hayan acompañado o no a la consulta. Se los cita posteriormente con o sin el niño, niña o adolescente. Y aun-

que provoquemos la escucha de ambos en un primer momento, luego siempre individualizamos los discursos en entrevistas separadas.

Claro que también, puede pasar que esos progenitores no estén disponibles. No solo porque no hayan podido asistir, sino porque puede que no se encuentren vivos o que se hallen privados de su libertad.

En el caso de que no se encuentren vivos, se solicita la presencia del o los referentes afectivos con quienes convivan los menores. Puede que al haber fallecido los progenitores se encuentren en un hogar, y es generalmente en esos casos en donde nuestra Intervención es convocada desde la misma Institución.

También puede que no estén institucionalizados, y convivan con otro u otros familiares, que a su vez puede que sepan o no (deseen acompañar o elijan no ver – mejor dicho–) de este deseo de cambio. En cualquiera de los casos tratamos siempre de ubicar a algún adulto referente de nuestro potencial representado.

Distinto es el caso en que el o la menor tiene a sus progenitores privados de la libertad...

6. Casos reales

Para ilustrar la última alternativa planteada, citaremos un caso, con la reserva de su identidad, que trabajamos el año pasado.

6.1. Caso E.A.

Se presenta en la Defensoría un menor de edad con género biológico masculino, manifestando su identidad transgénero y su deseo de modificación en sus documentos de identificación registral con género femenino.

La verdad es que, como suele suceder en el porcentaje muy alto de casos, no había necesidad de que nos manifeste el deseo. A la vista de todos quienes asistimos en su acompañamiento y asesoramiento, era mujer.

Hasta ahí, el planteo carecía de dificultad.

Como Abogadas del Niñx, solicitaríamos un turno en el Registro Civil en donde se encontraba radicado el nacimiento, dicho turno sería para cambio de género, y al tramitar en Provincia, y con el consecuente envío al Registro de la Ciudad de la Plata, con suerte y viento a favor, en un plazo de 4 a 5 meses tendríamos la rectificación de la Partida de Nacimiento para poder después realizar la modificación en el DNI.

El inconveniente surge cuando la adolescente nos cuenta que en la partida figura solo con el reconocimiento filiatorio materno, que desconoce la identidad de su progenitor y que su madre se encuentra privada de la libertad por robo.

¿Qué hacer como protocolo de intervención frente a una situación tan adversa? Y adversa, ¿por qué?

Adversa, porque el límite de nuestra intervención, es decir la jurisdicción como Abogadas del Niñx frente a nuestros representados, caduca el día en que ellxs cumplen 18 años. Y en este caso puntual había que gestionar un permiso de salida frente al Sistema Penitenciario, y a través del Patronato de Liberados, de esa madre, adulta, mayor de edad, que, al no estar fallecida, se requería sí o sí su consentimiento.

Hete aquí la polémica, ¿verdad? ¿Cómo opera el sistema legal para que una madre que se encuentra suspendida en su responsabilidad parental (no era puntual en este caso sino que les sucede a todos los detenidos que son padres y madres) tenga que dar el consentimiento para un cambio en la identidad de género de una hija que no cría y de la que no forma parte en su vida cotidiana?

Esta hija era criada por la abuela, pero la abuela solo operaba como cuidadora, no podía suplir el consentimiento materno.

Entonces, el trabajo superó esos límites etarios de la representada, y generamos una comunicación fluida con el abogado defensor de la progenitora. Gestionamos el permiso de salida y logramos que este coincidiera (no siempre sucede) con un día en que el Registro Civil que nos tocaba, no estaba de paro y el sistema funcionaba, y que el turno coincidiera con la respuesta del Patronato de Liberados.

Nos presentamos todos en el Registro, y nuestra representada, con su firma, la de la progenitora y la nuestra, inició su trámite, que culminó hace 4 meses atrás con un DNI nuevo acorde a la percepción en su identidad de género.

La noticia en ese desenlace sí es siempre repetida. Nos llegan mensajes cargados de emoción y nos agradecen el haberles cambiado la vida.

6.2. Caso O.L.

Hay una duda que se plantea al momento de relatar el proceso de cambio de identidad de género en el caso de menores de edad y es si ese menor que manifiesta su deseo de ser reconocido por el género por el cual él se autopercibe, más adelante en su vida, puede “arrepentirse” de haber hecho tal cambio.

Desde el punto de vista de la psicología, una corriente importante piensa que es muy poco probable que un niñx en esta situación cambie de parecer, en primer lugar porque esa “decisión” (si puede ser llamada así) pondera el género por sobre el sexo biológico, es decir, por ejemplo, si al nacer se le asignaron los genitales masculinos, lo más “cómodo” (a los fines de insertarse en la sociedad) sería crecer como un hombre heterosexual o cisgénero. Sin embargo, a tan corta edad y autopercibiéndose como mujer no “encajaría” en la categoría de gay tampoco, esto es porque se trata de una mujer heterosexual con genitales masculinos.

Con todo esto se pretende apuntar a que la decisión de reflejar en su DNI su género autopercebido va por fuera de los estereotipos más comunes y pone de resalto una posición YA TOMADA, totalmente subjetiva y que va por fuera de la heteronorma y en consecuencia, del binomio “hombre/mujer”. Por el contrario, nada tiene que ver con una cuestión cognitiva que deba desarrollarse, se trata del sujeto confrontado con su propio deseo, un sujeto que se encuentra ante un cuerpo con el que no se identifica y que va más allá de ser un hombre o mujer, heterosexual u homosexual.

De todos modos, para el caso en que una persona se “arrepienta” del cambio y decida modificar nuevamente su nombre y género en su partida de nacimiento y DNI, la ley 26.743 trae una solución en su art. 8 indicando que *“La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, solo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial”*.

Respecto de un conflicto similar hemos tenido un caso en la Defensoría, donde se nos presenta un menor de sexo biológico femenino, de 16 años de edad, que nos manifiesta su deseo de realizar el trámite de cambio registral, optando por inscribirse dentro del género masculino y eligiendo un nuevo nombre de pila.

El niñx en cuestión venía de atravesar momentos difíciles, con padres separados, algunas cuestiones propias de su salud que hicieron que deba mudarse desde una ciudad balnearia hasta la zona norte del Gran Buenos Aires. Nos contó su historial de vida, refiriendo que durante su primera infancia sentía que “algo” no estaba bien, no se identificaba con sus pares femeninas y eso lo angustiaba. Pronto tomó conocimiento sobre cuestiones de género que le dieron una idea sobre quién podría ser.

Realizamos los trámites en el Registro Civil un noviembre, y en febrero siguiente, ya con la partida en mano, nos reencontramos y

nos cuenta que el cambio no lo había hecho feliz y que estaba teniendo nuevos pensamientos en torno a su sexualidad.

La realidad es que O.L. no se siente cómodo refiriéndose a sí mismo ni como hombre, ni como mujer, ni como gay ni como lesbiana. Esta circunstancia es clara y no está nada mal... la cuestión queer también está sobre la mesa y es algo que debemos respetar también. ¿Por qué se nos obliga a elegir entre un binomio que la sociedad construyó sin consultarle a nadie? Es algo para reflexionar.

7. Otra norma de interés para el abordaje de los casos de identidad de género

La **Ley de CABA N° 5261** fue sancionada y promulgada en el año 2015, esta Ley materializa la defensa en contra de las acciones y hechos de discriminación sobre personas y grupo de personas víctimas de actos, hechos u omisiones discriminatorias.

¿Por qué citar esta Ley en el marco de un Trabajo que hable de la Identidad de Género en la Niñez y la Adolescencia?

Porque hoy en el año 2020, la Discriminación no continúa de manera manifiesta sobre la diversidad, tal y como se manifestaba en años anteriores, producto entre otras cosas de la falta de información. Hoy por hoy, el mundo cambió. Y con este cambio, su mirada, más inclusiva.

Pero no por ello en todos los casos en los que la persona o las personas se autoperceben de una manera diferente a su género biológico de origen, se transita dicho proceso sin discriminación. Y en este sentido, la Ley citada, provee de varias herramientas y acciones positivas establecidas no solo para la defensa de la persona víctima, sino que también fomenta las acciones positivas y las campañas tendientes a difundir información a favor de los principios de igualdad y no discriminación, y la previene en todas sus formas a través de políticas Públicas Inclusivas, e incorpora en este tutelaje, a la orientación sexual, y a la identidad de género, entre otros.

Y en este punto, se nos cruza conceptualmente con la Ley 26.743 en sus artículos 12 y 13 (Trato digno y derecho humano a la Identidad de Género).

Como punto novedoso, también incorpora la sentencia sobre las acciones discriminatorias en la Reparación del Daño Colectivo para los casos en los que, el Tribunal encargado de dicho juzgamiento, considere que existe una afectación social a un grupo vulnerado de personas

Por todo esto sucintamente resumido es que nos pareció importante la incorporación en este Trabajo. Si bien nos acota el universo de niños, niñas y adolescentes amparados bajo el texto de una Ley local, al ser la Ciudad de Buenos Aires la que mayor densidad poblacional tiene, bien vale citar y conocer su articulado legal para el tratamiento de aquellos casos que tramitan en esta jurisdicción.

Pensando más allá en la posible, y lamentablemente muy frecuente, discriminación que las personas transgénero sufren individual o colectivamente frente a la diversidad que increíblemente aún se juzga bajo la mirada ajena, es que esta Ley resulta acertada para el tratamiento del trabajo que nos convoca.

8. Conclusión

Gracias a la sanción de la Ley 26.743 hoy en día las herramientas jurídicas son más específicas y organizadas para la protección de derechos de los niñxs trans.

La figura del abogado del niño toma un rol importante en esta escena no solo en lo circunscripto al trámite de cambio registral, sino también para el acompañamiento del menor en la transición y post transición.

Para llevar a cabo este proceso es fundamental la intervención interdisciplinaria y evaluar en qué casos es viable la intervención del abogado del niñx teniendo en cuenta la capacidad progresiva o si es necesaria la intervención de otras figuras jurídicas.

En lo personal, presenciar el cambio que estas intervenciones producen en la vida de los integrantes de este colectivo, en sus procesos de transformación, es algo difícil de traducir en palabras y que solo transitamos quienes los acompañamos podemos entender.

De lo que sí estamos seguras, es que más allá del acompañamiento, del asesoramiento, y del trabajo interdisciplinario, algo que no veremos ni siquiera los especializados en la materia al acompañarlos al Registro Civil, algo que desconoceremos cuando sus relatos llegan cargados de búsqueda e intensidad de años sin respuesta, algo que quizás no conozcamos nunca en primera persona, es todo aquello que representa ese cambio en la vida de alguien, ese “trámite” como lo maneja el sistema burocrático registral, ese “capricho” frente a los más incrédulos y hasta esa “moda” porque lo vio en la novela como suelen operar los deseantes más acérrimos de obstáculos en dichos procesos.

Lo que transitamos y vivenciamos en primera persona, es que el ponderar, y acompañar esos procesos, nos enriquece no solo como

profesionales. Nos empodera a niveles personales sin tener que compartir la identidad transgénero, nos hace libres, nos iguala, y nos define, como profesionales, claro, pero sobretodo como personas.

Y sin duda alguna, y en este punto, la emoción y la alegría son siempre compartidas.

9. Bibliografía

- Bocca, Lucía y Borisonik, Diego; “Buenas prácticas legislativas y de políticas públicas en la Argentina. Niñez trans” en “LGTBI: Compendio regional de buenas prácticas gubernamentales de garantía y protección de derechos” compilado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del Mercosur.
- De Masi, Verónica, “Cómo es la vida de Luana, la primera nena trans del mundo en conseguir el DNI” en revista *Viva*, 19 de marzo de 2017.
- Gil Dominguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, EDIAR, 2007.
- Haboba, Malena, “La lección de la elección” en revista *Maíz*. Número 4, noviembre de 2014.
- Mansilla, Gabriela, *Yo nena, yo princesa: Luana, la niña que eligió su propio nombre*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones UNGS (Universidad Nacional de General Sarmiento), 2018.
- Pavan, Valeria (Compiladora), *Niñez Trans*, Experiencia de Reconocimiento y derecho a la identidad, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones UNGS (Universidad Nacional de General Sarmiento), 2018.
- Regueiro de Giacomi, Iñaki, “El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes” en *Revista Derechos Humanos*. Año N° 1 Ediciones Infojus; noviembre de 2012.
- Reid, Graciela, “Psicoanálisis, Género y Subjetividad. La Chica Danesa” en *Revista Digital Psicoanálisis Ayer y Hoy*. Número 16, agosto de 2017.
- Romano, Carlos (con prólogo del Dr. Marcos M. Córdoba) *Abogado del Niño, Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar*, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2016.
- Viola, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente” en *Revista Electrónica Cuestión de Derechos*. Número 3, Segundo semestre de 2012.

Educación y encierro en la posmodernidad: instituciones que intentan sobrevivir al paso de los siglos

Gabriela Coronel³ y Orlando Cesoni⁴

Es un imperativo ético que el mundo de los adultos no solo se ocupe declamativamente de los niños como portadores de futuro, sino que también incremente las acciones concretas en procura de su bienestar. Si niñez se asocia con futuro hay –evidentemente– muchas cosas que cambiar en el presente para que ese futuro sea digno de ser vivido.

Eva Giberti
(Políticas y Niñez)

Toda institución es creada en un momento histórico, para dar respuesta a algún problema de ese momento y lugar. Sin embargo es poco probable que una institución desaparezca tan rápido como puede desaparecer la situación que le dio origen. Si a ello sumamos que en las ciencias sociales, cuando se habla de problemas a resolver, se tiende a hacer referencia a las consecuencias de los hechos o acciones de una o varias personas en el marco de una sociedad particular que presenta normas de convivencia pre-establecidas, esto implica que en realidad el problema viene dado no por la acción misma sino por el efecto que dicha acción tiene para el sostenimiento del status quo. Dicho de otra manera, el problema no es el sujeto actuante y su acción sino todo ello en el marco de una sociedad que marca esa acción como una práctica prohibida.

El mundo en la actualidad es tan vasto y diversificado, que casi cualquier práctica social puede estar bien y mal vista al mismo tiempo, dependiendo del lugar donde se lleve a cabo. Por ello, pensar en instituciones estáticas, universales para ser aplicadas a todo un conjunto de la población mundial es impensado, y en esta lógica las

3 Dir. Pcial. de Justicia Penal Juvenil.

4 Facultad de Derecho – UNR.

instituciones que se han heredado de la época de la conformación del Estado moderno, como ser la escuela, los albergues para personas en situación de calle, las comisarías o las familias deben ser re-pensados. Pero aún más, también deben ser re-pensadas otras instituciones más “modernas” como los centros de salud, los clubes de barrio, las bibliotecas, los cines o los parques públicos.

El mercado rige la lógica de producción en un mundo capitalista y ello pone condicionantes que deben ser tenidos en cuenta en cualquier institución moderna, no para promocionar ese modelo económico sino para asegurar que la no obtención de un objeto o ganancia, no sea motivo suficiente para la exclusión de un sujeto.

Esto conlleva discutir el rol de instituciones como la escuela, las comisarías y los lugares de alojamiento cumplen en un mundo posmoderno, con una amplia diversidad de culturas conviviendo y en donde las libertades individuales ganan terreno y muchas veces enfrentan a los patrones culturales reinantes en cada comunidad. No es el objetivo de este trabajo indagar sobre dichas instituciones y si cumplieron su rol educador o de “control y corrección de conductas” con el que fueron creados (Foucault, 1975) hace ya más de un siglo. Por el contrario, se pretende profundizar el debate en torno a sus comportamientos actuales y su utilidad en la sociedad, según el caso y los esfuerzos que hayan realizado para su adaptación.

Esta situación de cambio permanente, casi como una carrera al propio tiempo, colisiona la situación de las juventudes actuales, que presentan características propias y también diferenciadas según el lugar y la condición social a la que pertenecen.

Difícil es definir qué se entiende por juventud, ya que la legislación de cada país define una “juventud legal” pero la realidad de cada país define a su vez una “juventud legítima” que muchas veces entra en contradicción con la primera.

Hace ya varias décadas que la mayoría de los estados occidentales vienen intentando definir qué franja etaria constituye la juventud. Esto, que no arranca con la Convención de los Derechos del Niño, pero sí se ve impulsado y visibilizado mundialmente por ella, reviste importancia en la constitución de los Estados, tanto en término económico como político y social, repercutiendo en las acciones gubernamentales, en las políticas públicas, en la configuración y reformulación de las instituciones (públicas y privadas) y también en la mirada – derechos y obligaciones– que se le asignan a los jóvenes.

Sin embargo, estas acciones públicas van acompañadas de acciones en la vida privada que también definen a la juventud y se

legitiman a partir del reconocimiento social. Pensar a un joven de 30 años, hace 50 años, dependiendo de los recursos económicos de su padre, sería algo impensado pero completamente lógico en la actualidad. Pensar a un joven de 25 años siendo padre en la década del '30 pareciera "correcto" y sin embargo en la actualidad, dependiendo del sector social del que se trate, o es una situación extraña por tardía (téngase en cuenta que entre los sectores más marginados, la paternidad suele llegar mucho antes) o una cosa extraña por temprana (en los sectores de clase media, la educación universitaria ha retrasado generalmente la paternidad).

Esta diversidad de situaciones en la actualidad, hace complejo el diseño de instituciones si son pensadas como tótems inamovibles y modelos a reproducir a lo largo y ancho de un mismo país.

La posibilidad –y conveniencia– de pretender abordar a todas las juventudes en un texto único es difícil, por lo que el presente hará hincapié en el sector de jóvenes económicamente más vulnerables, por ser la población que queda más desprotegida a nivel de políticas públicas.

Entre las representaciones sobre juventudes, suelen encontrarse diversos modos de verlas y pensarlas y entre ellas abundan las que ven al joven como ser inseguro, en transición, como no productivo, incompleto, desinteresado, sin deseo y como ser peligroso (Chavez, 2005). Estas representaciones sociales históricamente conformadas en el imaginario de las sociedades modernas, dan lugar a determinado tipo de abordajes y de tratamiento de la juventud y por lo tanto también de gestión de política pública y es eso justamente lo que el presente trabajo pretende interpelar.

Existe cierta convicción de que los dispositivos de abordaje institucional como se concibieron históricamente quedaron anacrónicos y que armar un plan de trabajo con un joven, o grupo de jóvenes no puede consistir en pasos a seguir en términos lineales, en formato protocolo preestablecido. Pensando en la diversidad de modelos de jóvenes que existen, que incluyen a jóvenes de sectores vulnerables, con falta de oportunidades en el mercado laboral, carencia de espacios de contención, escasas probabilidades de concluir los estudios secundarios, es claro que el nivel de incertidumbre es grande y la posibilidad de definir una estrategia a replicar en todos los casos, escasa.

Hoy es posible encontrarse si se observa muy superficialmente, con una juventud que parece estar desmovilizada, una juventud que parece no desear nada, no sentirse atraída por ninguna lucha a sos-

tener. Una de las causas de este suceso podría ser las características del consumismo actual que está instalado y generalizado en nuestra sociedad desde hace al menos dos décadas y que está vinculado a lo virtual, a lo que se obtiene y se da a través de la pantalla.

A ello se suma el rol que cumplen las sustancias tóxicas en algunos grupos de jóvenes dando un sentido de pertenencia, marcando las características de las relaciones interpersonales, e inclusive como instrumento para modificar las sensaciones personales y pretender conseguir lo deseado. Al respecto el psiquiatra Horacio Tabares señala que el efecto dañino del consumo de drogas no solo es en el cuerpo, ya que también genera un quiebre en la vinculación de esa persona con el medio y llega a decir que “...el problema de la droga es (...) el de la obtención por vía química de efectos que no han podido lograrse mediante la interacción con el medio. El individuo concluye que su situación es inmodificable y en consecuencia, busca alterar el estado de ánimo, los sentimientos, las percepciones hasta lograr sin sufrimiento acomodarse en forma circunstancial a la realidad y sentirla placentera” (Tabares, 2011, pág. 28).

Esta definición podría explicar al menos en parte la falta de deseo y proyección a futuro en la vida cotidiana de muchos jóvenes. El autor aclara que el efecto dañino “será más insidioso de acuerdo con lo precoz del consumo, ya que una persona en la etapa de la juventud aún se está desarrollando (y) los avances de las neurociencias demuestran que el desarrollo de las conexiones neurocorticales (procesos responsables de las funciones cognitivas y actividades intelectuales superiores) terminan de estabilizarse recién pasada la adolescencia” (Tabares, 2011, pág. 28).

En el presente trabajo, se abordará un análisis de tres de las instituciones más características del mundo moderno desde sus orígenes, como son la escuela, las instituciones que trabajan con jóvenes en conflicto con la ley penal y las comisarías, que si bien no trabajan exclusivamente con jóvenes, suelen tener una participación activa en relación con la vida de estos, sobre todo cuando se trata de sectores vulnerables de la sociedad.

1. La cultura como *corset* a la libertad o como terreno de libertad

El sistema educativo acompaña a la formación del Estado moderno e inclusive es un actor necesario y primordial para su consolidación. Sin él no fue posible pensar un futuro de Nación, ni asociar

el término Estado al término Nación en América y África, los últimos dos continentes en incorporarse al mundo occidental.

El paralelismo en la formación del mapa actual de estos dos continentes es posible pero no deseable ni conveniente para la realización del presente trabajo, por lo que se trabajará pensando con exclusividad en América y principalmente, en América Latina.

El origen común de la población latinoamericana como así también su historia colonizadora, plantea difícil la tarea de dividir el territorio en varios Estados Nacionales. Los proyectos de normalización, aun los que fracasaron en el intento, nunca dejaron de lado el pilar educativo, como uno de los pilares fundamentales sobre el que debía apoyarse todo intento de construcción de un Estado moderno.

Esta educación debía apuntar esencialmente a construir el hombre nuevo, el hombre del futuro, el hombre que se amoldara a esa Nación que se intentaba construir. Así los grandes educadores latinoamericanos, pensaron en una institución modelo, que operaba como “máquina constructora de ciudadanía”. Las escuelas normales –en sus múltiples variantes a lo largo de Latinoamérica– fueron una herramienta central para la aparición de los nuevos Estado-Nación. Esta herramienta acompañada de un principio de universalidad, vino a garantizar la reproducción en serie de un “hombre nuevo”. Y en su seno se encuentra aún hoy el mayor obstáculo para que la escuela sea el espacio de integración e inclusión que como sociedad pluricultural, América requiere.

“La discriminación en la escuela aparece con otros ropajes: el buen alumno, el malo, el obediente, el díscolo o insoportable; el que pasa y el que queda o se va. Toda una política de descarte y exclusión. Se va fortaleciendo la conciencia discriminatoria, hasta concluir, el discriminado discriminándose a sí mismo: Soy una burra, por eso dejé la escuela. No sabemos, es el destino del pobre”. (Saleme de Burnichón, 1997, pág. 68).

La propia escuela con su carácter normalizador construye el hombre que en el futuro estará incluido, al mismo tiempo que al hombre que en el futuro será expulsado. En este punto es importante señalar la diferencia entre exclusión, tomado como un producto, un resultado de la imposibilidad de integración, de la expulsión como el resultado de una operación social, una producción y por ende con carácter móvil (Duschatzky-Corea, 2004).

Al producirse el corrimiento del Estado como ordenador en tanto ley que respetar, dejando lugar al dominio del mercado, se asiste también a un cambio de roles, de ciudadanos con derechos y obli-

gaciones exigibles a consumidores con derechos que se limitan a la posibilidad de obtener el objeto deseado, tal como se lo promociona.

Este cambio de rol implica además ya no una relación entre pares, sino del consumidor con el objeto en tanto este es el que garantiza la satisfacción del deseo, produciendo una transformación del sujeto deseado en objeto deseado. El modelo a seguir viene dado no por un par sino por un objeto. La ley que rige para su obtención no está vinculada a condiciones morales de conducta sino a posibilidades materiales de recursos.

Si el deseo se satisface con la obtención de un objeto y no con la interrelación con un sujeto, entonces los límites que en otro momento ponían conceptos como “no hagas lo que no te gusta que te hagan” ya no operan en el sujeto y esto implica que en las relaciones interpersonales el docente se encuentre con jóvenes que “se agreden y maltratan permanentemente”.

“Cuando la ley simbólica –en tanto límite y posibilidad– no opera, el semejante no se configura. El semejante no es una construcción espontánea que nace del vínculo entre dos sujetos. El semejante es siempre igual a otro, ante y mediante un tercero. Es la ley la que a partir de instituir un principio de legalidad basado en la formulación de la igualdad, habilita la construcción de un semejante. (...) si la ley no opera como principio de interpelación, tampoco opera la percepción de su transgresión. Desde esa perspectiva, la violencia no es percibida como tal, en tanto no hay registro de un límite violado” (Duschatzky-Corea, 2004, pág. 25).

Ese semejante del que hablan las autoras fue producto de una construcción discursiva basada en una educación moral orientada a la coacción. Ese mismo modelo educativo se ha visto modificado en las últimas décadas y reemplazado por otro donde cada sujeto tiene más y mayor participación en la palabra y en la acción, sin importar que ocupe el rol de docente o alumno, de padre o hijo. Esta nueva tendencia, basada en la idea de que todos tienen algo que aportar, en tanto todos son sujetos plenos de derecho, se encuentra plasmada en varios Tratados Internacionales como la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención sobre personas con discapacidad y todas aquellas que hablan sobre la igualdad de género y el respeto a los derechos individuales.

Este nuevo modelo de la construcción del saber, acompañado además por la construcción de un nuevo discurso, no tuvo su correlato en la construcción de un semejante, precisamente por la irrupción

del mercado como órgano rector y el corrimiento del Estado en tanto institución central.

En ese marco, los establecimientos educativos debieron enfrentarse a una situación doblemente compleja. Por un lado se encontraron con jóvenes que no registran el límite en tanto ley simbólica. Por otro lado, no cuentan con la ayuda de un Estado que brinde los recursos y herramientas necesarios para hacer posible la construcción de dicha ley simbólica.

El mercado como regulador de la vida en sociedad propone un modelo de adolescente tan inalcanzable como irreal. Adolescentes completamente sexuados y con un amplio conocimiento de la vida sexual (no solo reproductiva) de un adulto, mezclado con el egoísmo propio de un niño narcisista, en cuerpos súper desarrollados interpretados actoralmente por personas que ya han superado ampliamente la etapa adolescente, haciendo el papel de un niño que recién desea salir al mundo exterior. ¿Acaso no podría observarse en los programas para *teenagers*, el modelo que pareciera querer seguir los jóvenes?

Si la identidad de un sujeto se construye a partir del modelo histórico que se toma de los padres, sumado al modelo de pares, donde los “pares” ya no son los amigos de la misma edad sino el modelo que “vende” la televisión, es lógico pensar que las instituciones escolares se enfrentarán a un sujeto con muchas contradicciones. Todo ello se da en medio de un sistema escolar que no ha podido aún permitir las diferencias en un modelo de educación inclusiva sino que se ha limitado a una integración educativa que se centra exclusivamente en realizar pequeños ajustes al accionar cotidiano del aula que recibe a una persona con discapacidad, para que esta se sienta parte de dicho espacio.

La educación inclusiva en cambio, parte de la idea de igualdad de oportunidades y se debe proponer la no necesidad de hacer adecuaciones específicas porque sus características justamente deben ser de total dinamismo y flexibilidad al punto tal de que el tránsito por ella de cualquier persona, pueda darse con total naturalidad y sin requerir “esfuerzos de acondicionamiento” y “reprogramación de actividades”. El modelo de las hermanas Cossettini⁵

5 El modelo Cossettini no implicaba el cambio de horarios o materias en el dictado de clases. La propuesta pedagógica no se quedaba en las formas e iba al fondo, al proceso enseñanza-aprendizaje, transformándolo en un proceso dinámico, práctico, donde lo teórico surge desde los conocimientos obtenidos a partir de las vivencias. Para mayor información del modelo de enseñanza de las hermanas Cossettini en la ciudad de Rosario, remitirse a la siguiente página web: <https://www.educ.ar/noticias/127435/la-escuela-de-olga-cossettini-la-innovacion-en-actonbsp>.

sería ejemplo ideal para el caso aunque en términos generales ha sido dejado de lado inclusive por quienes reivindican sus prácticas dentro de los ministerios de educación.

Si la escuela describe una realidad ficticia de décadas pasadas y los alumnos intentan emular un modelo ficticio de adolescente digno de la ciencia ficción, solo posible por los efectos televisivos, será necesario sentarse y barajar de nuevo. Claramente es necesario pensar a la sociedad en su conjunto. Redefinir el rol del Estado y sus instituciones. Construir una nueva figura de la juventud. Elaborar un nuevo discurso respecto a la vida en comunidad y del rol que cada uno cumple para la subsistencia del conjunto.

Para ello es necesario analizar cuáles son las tareas simbólicas fundamentales (Rodulfo, 1992) para la constitución de un sujeto y a partir de ello rediseñar el sistema educativo de manera integral. Ningún parche podrá saltar las vallas que la realidad impone si no se produce un cambio real de paradigma que se traslade de los papeles y las planificaciones a los hechos y los actores.

No obstante es necesario despejar algunas dudas y evitar caer en permanentes prejuicios relacionados con culpar al sistema educativo por las expulsiones o imposibilidad de plena incorporación de los jóvenes al sistema formal de aprendizaje.

Existen cuatro niveles que intervienen en la posibilidad de aprendizaje, como así también en el problema para aprender que son: organismo, cuerpo, inteligencia y deseo (Fernández, 1987). Por ello pensar en un modelo cultural inclusivo requiere en primer lugar pensarse integralmente, unificando criterios entre el sistema formal educativo y los sistemas no formales de aprendizaje, que abarcan no solo los cursos extra curriculares sino también las distintas intervenciones del orden de la cultura, la participación en eventos públicos, e inclusive las intervenciones que familiarmente se hacen de manera cotidiana en la formación del niño/a o adolescente.

Mientras el cuerpo es un acumulador de experiencias, adquiriendo nuevas destrezas y modos alternativos de producción cultural de comportamientos, el deseo es el motor o puerta que habilita o no a esos nuevos procesos de aprendizaje. Por ello la motivación del deseo debe ser la meta fundante de todo sistema educativo, entendiendo que sin deseo no habrá posibilidad de que arranque el proceso de aprendizaje formal (aunque esto no implica que no exista aprendizaje).

Para ello en la era de la tecnología, el celular o la Tablet no pueden ser un objeto de uso doméstico únicamente, sino que debe estar

plenamente incorporado al sistema escolar tanto como la hoja o la lapicera, convirtiéndose en algo esencial, primordial y básico para el propio sistema. De esta manera puede decirse que se asiste a un proceso donde los límites del aula se vuelven difusos (Huergo, 2014) y el adentro se mezcla con el afuera creando una nueva dimensión de lo posible –y lo deseable– y donde la institución va perdiendo esa autoridad sacrosanta que la erigía en el único lugar del saber.

El organismo (una multiplicidad de organismos interactuando al interior de cada cuerpo) en su simbiosis con la inteligencia y el deseo, se irá mostrando en un cuerpo y al corporizarse intervendrá en el proceso de aprendizaje. Esto es fundamental para tratar de destruir esa idea de “cuerpo-cuadernos” (Huergo, 1987) tan propio de las propuestas escolares rígidas que pretenden tener un alumno quieto sentado en el banco, permitiendo solo el movimiento del cerebro. En cambio, lo que se requiere es permitir la expresión más pura, genuina y dinámica de cada joven, permitiéndole expresarse libremente, con total soltura, mostrando lo que es capaz de aportar y de lo que está hecho como así también, estar lo suficientemente cómodo y motivado para ese proceso de aprendizaje.

Por otro lado, la inteligencia y el deseo van de la mano, se complementan y se proyectan hacia adelante en nuevos saberes que a su vez generan nuevas dudas y deseos de aprender nuevas cosas. Estos dos niveles, al enfrentarse a la carencia, la falta, se constituyen en el motor para la adquisición de nuevos saberes. Es por eso que el incentivo escolar no viene limitado necesariamente por las herramientas con que cuenta o no el establecimiento, sino con la capacidad de este, de generar esas carencias que motiven el deseo de aprender y que lo hagan de manera inclusiva, libre y abierta. No condicionada a un modelo de estudiante rígido, “obediente” y sumiso que aprende porque “es lo que corresponde que haga” a su edad.

Finalmente y sin pretender acabar la discusión planteada respecto al rol de las instituciones escolares, es necesario remarcar que la escuela además de ser un espacio de formación, cumple una función social de contención e inclusión. Esto no es consecuencia exclusiva de décadas de neoliberalismo, sino el devenir de los nuevos tiempos que implicó la desaparición o desnaturalización de ciertas instituciones y la reconfiguración de otras como la escuela. Es cierto que durante los procesos liberales, la escuela se convirtió en copa de leche pero luego, en otros períodos no ha perdido su rol contenedor y de efectivizador de derechos, en tanto es una de las pocas instituciones reconocidas y valoradas socialmente y por tanto tomadas como refe-

rentes y canalizadores de situaciones y demandas. Al mismo tiempo la escuela se constituye como frontera, en tanto la escuela posibilita la incorporación de “jóvenes que han perdido lazos plurales de integración social, permitiendo su participación en un universo que los nombra como sujetos sociales y por lo tanto portadores de derechos” (Duschatzky, 2000, pág. 141).

La participación escolar implica por un lado la necesidad de aprender a anticiparse y pensarse a sí mismo en un esquema institucional con tiempos definidos, sucesión de saberes, la necesidad de prestar atención, concentrarse y producir conocimientos, alterando la inercia de la vida diaria y exigiendo una cuota de responsabilidad y compromiso. Al mismo tiempo que va asociada a la formulación de proyectos de resolución inmediata que tienen que ver generalmente con propuestas escolares de investigación o trabajos y por otro lado, a proyectos a más largo plazo, como un proyecto de vida, proponiéndose continuar los estudios o dedicarse a trabajar en determinado rubro.

Esta posibilidad de extensión en el tiempo, también constituye un anclaje a la cultura y por ende a la vida en comunidad necesario para garantizar la plena inclusión del sujeto, al mismo tiempo que viene a contrarrestar la idea naturalizada de un mundo que se limita a lo visible y cercano.

Siendo hoy la escuela prácticamente la única institución que conserva el privilegio del encuentro diario se hace fundamental desarrollar estrategias que eviten la deserción escolar (Huergo, 2014). “El proceso de aprendizaje se inscribe en la dinámica de la transmisión de la cultura” (Paín, 1983, pág. 9). En ese marco, toda institución y no solo las instituciones educativas deben tener en vista su función socializante.

2. Las instituciones de encierro como segunda opción

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia en menores (Reglas de Beijing) reconocen que el abordaje que sobre la infancia se haga respecto del sistema de justicia de un país, deberá perseguir el bienestar de estos, garantizando medidas proporcionadas con el caso y fijando como objetivo de este, la capacitación, cuidado y protección, así como su educación y formación profesional. Es decir, que el proceso judicial que abarca a un joven debe tener siempre por finalidad el reconocimiento de derechos para su inclusión plena en la vida en comunidad y no un fin restitutivo mediante la fijación de un castigo.

Esto implica repensar todas las instituciones existentes, sus lógicas de intervención, sus actores, sus metodologías, sus fines. Este planteo abarca no solo a las instituciones públicas que trabajan con niños y jóvenes, sino también a muchas privadas que siguen enroldadas en la lógica del castigo y la restitución. Pero antes de abordar los problemas y posibles cambios es necesario fundamentar un poco más esta afirmación.

Entendiendo a la desigualdad social como el motivo fundante de las conductas que se oponen al status quo y ponen en jaque la autoridad de la ley, no es posible querer hacer responsable a un joven que roba una zapatilla —e inclusive que mata a alguien para ello— por ese acto si no se plantea seriamente la condición del excluido. Es decir, un joven que es condenado a 2 años de prisión por matar a alguien al robarle el calzado no aprenderá (al menos no necesariamente) por su condena que lo que hizo está mal, sino que lo aprenderá a partir de reflexionar respecto de por qué algunos actos están permitidos y otros prohibidos. Y ello será posible en tanto vea que él tiene las mismas posibilidades que otros de acceder a ese objeto que la televisión dice que es imprescindible para existir en el mundo moderno, sin tener que recurrir a prácticas prohibidas.

Esta situación plantea varias aristas de un mismo problema. En primer lugar, la intervención del Estado tiene que dirigirse a acompañar el proceso de construcción de ciudadanía. No se es ciudadano si se cuenta con uno u otro objeto tecnológico, sino en todo caso si se cuenta con la posibilidad de acceder lícitamente a ello aunque en la práctica se decida no hacerlo. En este punto el rol del Estado es central ya que debe trabajar en primer lugar con la desigualdad de posibilidad inicial para las generaciones futuras. Además debe reforzar sus acciones con el fin de garantizarle a las generaciones actuales de jóvenes, gozar de ciertas posibilidades de acceso que sus padres no puedan darle y que le permitan competir de igual a igual con otros jóvenes por el acceso a lo deseado. Finalmente debe trabajar junto a las familias como partícipes necesarios en la formación de los jóvenes y las futuras generaciones para arraigar en ellos los valores democráticos de participación en el marco de la diversidad, la pluralidad y la igualdad de oportunidades, como así también las acciones y conductas necesarias para la obtención de esa vida en comunidad.

En segundo lugar es necesario dejar en claro que la ley es para todos sin importar la condición socio-económica. En este punto es importante el rol que los medios de comunicación cumplen, porque muchas veces se justifican o invisibilizan grandes hechos delictivos

(con grandes ganancias) propiciados por grandes grupos de poder o personalidades influyentes, pero se le dedican muchos titulares a robos menores, realizados por miembros de los sectores marginales. Obviamente que el principal rol lo tiene de todas maneras el poder judicial, encargado de impartir justicia frente al delito, pero la construcción de un relato que castiga a unos y premia a otros, aunque ambos hayan infringido la ley, construye una segregación social que es portadora y promotora de la lucha de clases y la violencia social.

En tercer lugar no es posible culpar a una persona por su condición de pobre, ya que esta le es dada por el contexto social en el que vive y las políticas públicas –ausentes o deficientes– que se implementan. Inclusive ni sus propios progenitores pueden ser considerados responsables de dicha condición.

Claro que esto no es reconocido por el conjunto de la población y queda de manifiesto cuando un alto funcionario de la ciudad de Buenos Aires dice: “los cartoneros solo van a desaparecer cuando desaparezca el cartón”, sin preguntarse cuál es la necesidad real de que desaparezca ese oficio, o si la situación de hambre y marginalidad no será motivo para que algunos sectores de la población se dediquen a ese empleo (lícito por otra parte). O cómo piensa resolver la superabundancia de cartones en las calles una vez que logre erradicar el oficio. Estos comentarios permiten ver otra visión de la pobreza, más vinculada a las posibilidades individuales de cada sujeto, que a las políticas económicas y sociales de inclusión-exclusión. Es la llamada meritocracia, que supuestamente viene a el dilema de quienes son los elegidos para triunfar y quiénes no.

Sin embargo, la historia ha demostrado que se requiere de más Estado para lograr la inclusión y la disminución de la pobreza, pero no un “Estado bobo” como lo definiera Oslack, que solo se dedique a administrar las relaciones interpersonales, sino que identifique las posibles fuentes de conflicto social y trabaje para encontrar soluciones no basadas en mayor exclusión y segregación.

En este punto, es importante recordar la descripción que hace Wacquant sobre el Estado neoliberal al plantear que se produce un achicamiento del Estado en lo económico y agrandamiento en la estructura de control, mostrándose liberal hacia arriba y paternalista hacia abajo, representando caras radicalmente diferentes en los dos extremos de la jerarquía social: un rostro bello y atento hacia las clases medias y alta y un rostro temible y sombrío hacia la clase baja (Wacquant, 2011). Este modelo neoliberal defiende el libre mercado al mismo tiempo que las libertades individuales y la autonomía, por

lo que las instituciones en las que piensa para trabajar con los sectores marginados termina siendo una mezcla rara de responsabilidad público-privada y programas tendientes a aplicar sanciones, medidas retributivas, disciplinarias y reguladoras todo junto y como parte de un “combo de soluciones”.

Por su parte el neoconservadurismo pone el énfasis en el orden y la disciplina, así como en la obediencia y la lealtad, conceptos unidos a instituciones tradicionales como la familia, religión y nación, por lo que el derecho y las políticas públicas en las que piensa deben ser reguladoras no solo del delito sino también de la moralidad y las relaciones familiares (Guemureman, 2015).

Tanto el modelo neoliberal como el neoconservador sostienen la preeminencia del mercado sobre el Estado, pero mientras el primero plantea la responsabilidad como algo privado y un Estado que solo interviene en la represión, el modelo neoconservador plantea la responsabilidad como una construcción autoritaria que el Estado debe imponer a los particulares a través de la moral y la sanción ante su no respeto. Ambos son propuestas que parten de un modelo de hombre preconcebido: el neoliberal piensa en un hombre hedonista que se construye pero que tiene la capacidad para hacerlo según el patrón de hombre deseado y aceptado por la cultura dominante. La propuesta conservadora define un modelo de hombre a seguir e intenta imponerlo desde el Estado. Ambos modelos dejan de lado la diversidad intra-cultural o la aceptan solo si esta se “amolda” e integra a la cultura dominante. Ambos modelos responden de la misma manera ante lo que se sale de los preconceptos: mediante el uso de políticas represivas y disciplinadoras.

Dicho esto es necesario indagar un poco respecto de las características de las instituciones que trabajan con niños y adolescentes a partir del alojamiento o encierro aunque en este apartado se deja de lado la institución policial por ser tratada en detalle luego.

Las instituciones clásicas de alojamiento remiten al paradigma de la situación irregular por su lógica de funcionamiento, por sus estructuras edilicias que apuntan al control, por sus proyectos institucionales. Aun así en algunas situaciones se requiere y se recurre a ellas, por lo que es necesario producir cambios sustanciales.

Podría pensarse que la figura de Familias Solidarias⁶ surge a partir del interés por evitar la institucionalización en algunos casos pero a la luz de los resultados, con ya más de 10 años de vigencia,

6 Para más información sobre el Programa de Familias Solidarias, ver <https://www.santafe.gov.ar/ms/familiassolidarias/>.

muestra que no ha sido útil porque se termina “confundiendo” a la familia solidaria, quien con el correr del tiempo pretende muchas veces la adopción, algo que está expresamente prohibido en el Programa.

Podría pensarse también que los hogares de puertas abiertas que se vienen implementando para evitar el encierro de jóvenes en conflicto con la ley penal también buscan la ruptura de la lógica de tutela, pero ello depende de muchos factores. Estos hogares son en la práctica un resabio de las viejas instituciones rurales de encierro, que se encuentran ubicadas en los márgenes de las grandes ciudades o en pueblos cercanos, suelen contar con grandes extensiones de tierra y un perímetro de seguridad que lo bordea y de la sensación de libertad a su interior y la sensación de seguridad a quienes viven fuera de ella.

En primer lugar la postura del Juez ante el caso lo marca de inicio y puede no solo dificultar el trabajo con el joven sino hacer fracasar a este. Por ejemplo cuando un Juez decide de manera abrupta el egreso o cambio de medida sin que haya ocurrido algún cambio radical en su situación procesal, da muestras claras de que el alojamiento del joven en la institución estaba visto meramente como una disposición de este en el marco de una causa penal y no con el objetivo de colaborar con su reinserción social y su desarrollo pleno en la comunidad, ya que cualquier estrategia que se haya propuesto dicha institución queda trunca, dificultando el pasaje y recuperación plena de la libertad.

Al mismo tiempo si la institución funciona con una lógica de encierro donde el único objetivo es el “depósito” del joven en un lugar temporal sin brindarle herramientas que le permitan insertarse al mundo laboral, deportivo, e inclusive recreativo de manera plena al recuperar la libertad, lo que se termina haciendo es dejar pasar el tiempo. Es muy común escuchar en los pasillos de tribunales que unos u otros actores hacen esta mención del tiempo como expresión habitual, justificando el no hacer como estrategia con el fin de que la mayoría de edad del joven resuelva el problema o se lo derive a otra área.

La violencia institucional que suele ejercerse sobre los jóvenes, en particular sobre los jóvenes de sectores sociales marginados, suele convertir a estos en víctimas ya que son demonizados por la criminalización mediática y estigmatizados.

En realidad no debe buscarse necesariamente un reemplazo a las instituciones, sino un cambio en la lógica de intervención, no

perdiendo de vista que todo sujeto es producto de un tiempo y un espacio. Que su subjetividad se construye con sus acciones en tanto mirada de otro y que por ende su análisis debe hacerse en el marco donde se desarrolla. Además las marcas que el tiempo va dejando en esa construcción son marcas que perduran y son esenciales para su desarrollo. Por ello una intervención institucional no debe perder nunca de vista que dejará huellas y por ende debe inscribirse en el marco de la inclusión y la cultura para posibilitar su “enganche” a la vida en comunidad.

Esto es importante no solo en las instituciones de alojamiento sino también en las que pretenden preservar la libertad. Los objetivos que se fija la institución (como así también sus prácticas habituales) son fundamentales a la hora de analizar su verdadero fin.

Si se sigue hablando de poblaciones en riesgo lo que se hace en realidad es preparar el terreno para la intervención disciplinaria, ya sea por parte del Estado o de un particular. Si las políticas públicas destinadas a jóvenes de sectores vulnerables se plantean como políticas de gestión de riesgo, se está ante políticas que tienen como fin la disuasión, vigilancia, estigma y sanciones con el fin de controlar las conductas, por lo que la misma política al estigmatizar, construye el camino para que el joven pase por el sistema penal, cuando en realidad el objetivo primordial es la inclusión en la diversidad, evitando lo más posible el paso de un joven por el sistema judicial.

Esto afecta inclusive a los programas que trabajan “en libertad”. Cuando esta libertad está vista como un paso pre egreso definitivo o como un premio ante la buena conducta en un establecimiento cerrado, no se está frente a una institución que trabaja con la juventud sino ante una que trabaja con la necesidad – el deseo– de castigo a una conducta.

La confusión que se genera entre los planos de la sanción y la asistencia, productos de una mirada tutelar ligada a la diada “represión-compasión” (Guemureman, 2015) reinante tanto dentro del Estado, como en la mirada que la sociedad tiene respecto a la problemática, dejan entrever que es necesario un debate conceptual que permita clarificar qué medidas deben aplicarse y qué objetivos se deben perseguir con ello. Y por ello qué tipo de abordaje debe plantearse el Estado y la sociedad civil frente a las generaciones jóvenes, estén o no estas en conflicto con la ley.

3. La institución policial y sus interrogantes

La institución policial no escapa al análisis institucional antes realizado, pero su especial relación con el delito y sus prácticas habituales respecto a los jóvenes requiere un apartado especial.

La Diputada Nacional por Tucumán, María Teresita Villavicencio en Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de la Nación del 13-06-2018, ocasión del debate sobre la Interrupción Voluntaria de Embarazos que se llevó a cabo recientemente contó cuál fue su acercamiento al tema y sirve para ilustrar una gran falencia que la institución policial tiene, que es su formación y que incide fuertemente cuando su trabajo está en contacto con sectores vulnerables, ancianos, infancias:

“Siendo yo policía, un juez me envía a un hospital público a recabar información sobre posibles casos de aborto. Llegada al lugar encontré a un médico que me interpela respecto a mi presencia en el lugar y los objetivos que perseguía, como así también respecto a si conocía a esas mujeres que iban a ser imputadas en el marco del art. 88 del Código Penal” Ella cuenta que su única respuesta fue: “A mí en la escuela de policía me enseñaron que eso es delito y yo debo castigarlo” sin poder analizar (en su etapa de formación ni posteriormente) el efecto de sus actos y entendiendo a la obediencia como un habilitante a cualquier práctica. Esta respuesta de la ex policía, da cuenta en primer lugar de un grave problema que existe en la formación policial.⁷ Con altos contenidos legales pareciera ser más una escuela de abogados que de policías. Con una fuerte impronta castrense, pareciera ser más un servicio militar que una escuela de policía. Esto lleva a replantear en primer término la formación policial.

La institución se encuentra en la mira de la sociedad desde el retorno a la democracia. Su formación fuertemente criticada unida a su rol represivo, conspirativo y encubridor durante la última dictadura cívico-militar, le ha ganado el desprecio de unos y la desconfianza de otros. Esta postura oscurantista se ha visto matizada parcialmente con algunos esfuerzos (pobres) que durante las últimas décadas se vienen ensayando con pocos resultados positivos tangibles, que se comprueban en las prácticas policiales cotidianas. En todo ello la formación y los valores que se inculcan en las escuelas de policía tienen una gran responsabilidad.

Pensar a una policía democrática es una tarea compleja en un país que durante los últimos cien años ha tenido varios golpes de estado y todos con la participación activa de las fuerzas policiales.

⁷ Ley 12.333, decretos reglamentarios y complementarios.

Para no repetir hechos del pasado es necesario jerarquizar la formación policial, darle verdaderos contenidos curriculares y analizar profundamente qué es lo que se enseña y con qué fin, pensando que se está formando a un agente de seguridad y definiendo previamente cuál es la función de dicho agente ya sea en su rol preventor como auxiliar de la justicia.

Por otro lado la producción de los contenidos curriculares no puede ser producto de un acuerdo entre las autoridades civiles y las autoridades policiales, sino producto de un trabajo compartido y multidisciplinario, donde las miradas de cada disciplina produzcan un objeto de estudio nuevo y un nuevo profesional y con una carga profundamente democrática. La formación netamente operacional (como se la suele llamar) enfocada en la “formación del olfato policial”, es una entelequia que ni los propios agentes de policía pueden definir y que mucho menos puede ser enseñada o transmitida con la sola condición de repetir conductas o comportamientos (muchos de ellos inhumanos) a los efectos de que el aspirante comprenda la importancia de la obediencia en la voz de mando.

Tampoco sirve que un policía sepa recitar los artículos de la Constitución o de un Código Penal si no logra entender cuál es el rol de la ley en una sociedad, quién la aplica y de qué manera debe actuar cada servidor público. De igual manera hay que poner en duda la utilidad de enseñarle al agente policial sobre medicina forense en vez de enseñarle que sus funciones se encuentran limitadas en el accionar interdisciplinario y que él deberá colaborar también con otros actores en cada escena policial.

Paradójicamente se han criticado algunos proyectos de modificación de la formación policial por estar volcados a una formación más humanitaria y con un corte social, cuando en realidad la disociación que existe entre las fuerzas policiales y la sociedad tiene que ver con la formación militar que tienen las primeras, que los hacen actuar como “seres extraños” para una sociedad con la que deberían poder comunicarse.

Es necesario entonces revisar la formación policial, los contenidos impartidos y los actores que llevan a cabo ese contenido. La formación debe ser impartida de manera interdisciplinaria y la currícula debe ofrecer un contenido diverso, plural y enfocado a la formación profesional.

La actualidad requiere que se vuelva a pensar cuál es la verdadera función policial. ¿Acaso es la de ser auxiliar de la justicia o acaso es la de agente preventor del delito? Es probable que la respuesta

correcta no apunte a una u otra opción sino más bien que se piense a la institución como un actor multifunción que pueda responder a la demanda –dinámica– social.

También hay que rever las condiciones de estudio. La formación policial dada en no más de 6 meses reales de cursado (incluido el tiempo de exámenes para aprobar más de 15 materias) en donde el cursado se da en un turno pero luego los alumnos tienen prácticas operacionales durante todo el día e inclusive durante la noche, para luego volver a cursar sin haber dormido, atenta contra toda lógica de estudio.

La formación profesional sea cual sea la profesión requiere de ciertas condiciones, tiempos, métodos, que son necesarios seguir para lograr el aprendizaje. La formación policial no queda exenta de ello si se piensa en una formación profesional.

No es posible contar con un funcionario policial bien preparado si este no tiene contacto directo a lo largo de su carrera con las problemáticas sociales que luego lo van a interpelar permanentemente en su función, o lo ve solo desde el punto de vista del derecho, es decir, desde lo prohibido y permitido. La idea de un agente impoluto, garante de la paz social y el orden a partir de su sola figura, que no necesita involucrarse socialmente para solucionar conflictos parte de la premisa que se trata de un agente externo a esa sociedad. Nada más lejano de la realidad. El policía se encuentra a diario arrestando a personas que conoce de su propio barrio, o involucrado en conflictos barriales que también lo afectan en su vida cotidiana.

Entonces ¿por qué las escuelas de policías repiten hasta el hartazgo que el agente policial debe ser “perfecto” y no puede cometer errores? ¿Acaso no es esa misma formación la que los lleva luego a creer que al sospechoso hay que detenerlo de cualquier manera (bajo la presión de sentir frustración en caso de fallar) aun cuando esta detención implica el asesinato de este?

Los agentes policiales suelen estar en contacto periódico con jóvenes de sectores marginados, aun cuando no hay motivos para su detención, por lo que la formación policial debería incluir necesariamente no solo conocimientos básicos de derechos del niño y métodos de intervención, sino también conocimientos profundos sobre características socio-culturales de las localidades donde se desenvuelven. Lo mismo respecto a cuestiones de género, discapacidad, vejez, pueblos originarios. Todos grupos sociales que suelen sufrir la violencia institucional de manera recurrente.

Retomando la pregunta anterior pero continuando con la formación cabe decir que es importante que se defina primero que agente se pretende formar. En tal caso si el objetivo es formar agentes para distintas funciones entonces la formación debe cambiar en cada caso. Nuevamente es necesario decir que la formación policial –como cualquier formación profesional– requiere de una planificación que organice la ejecución de dicha formación.

De esta manera es probable que sea necesario analizar primero con qué profesionales cuenta cada provincia y cuáles son las necesidades en cada caso, para luego definir qué tipo de policías se van a formar y con qué funciones.

Probablemente el Poder Judicial requiera de un agente policial bien preparado para cumplir la función de brazo ejecutor y auxiliar de la justicia y para ello deberá formarse a determinada cantidad de agentes. Pero al mismo tiempo las fuerzas de seguridad democráticas, no pueden estar escindidas de la función preventiva que les compete y ello no será factible si la formación es solo operacional.

Ya que la prevención no depende ni del “olfato policial” ni de la capacidad de “reducir” a una persona, sino que la disuasión se logra con políticas públicas de prevención, con más inclusión, con diálogo, con confianza, es necesario en primer lugar hacer un diagnóstico social que exceda a las fuerzas de seguridad y que vea a la seguridad como un bien social que se logra con el trabajo mancomunado de muchas áreas, entre las cuales se encuentra en un segundo plano las fuerzas policiales.

En este punto habría que pensar si no es conveniente hacer desaparecer a las comisarías tal como se conocen hoy. ¿Debería el agente policial seguir encargándose de labrar actas policiales o hacer visitas domiciliarias para averiguar el paradero de una persona o registrar las condiciones de vida en algún domicilio? ¿Las viejas comisarías, destruidas, abandonadas, ajenas a la sociedad, depósitos de presos que no encuentran su lugar en las cárceles, no deberían convertirse en una casa abierta y amigable, constituida quizás incluso por personal civil que realice las tareas administrativas, por profesionales del trabajo social que realicen las tareas en terreno, por psicólogos que realicen la contención de una víctima que se acerca a denunciar un delito? Es necesario pensar en una nueva institución.

La interdisciplina trabajando conjuntamente en las Comisarías (y con una conducción civil) es probablemente una buena forma de mejorar su imagen, garantizar su accionar y reconvertir a la institución en algo útil para la sociedad.

Cada sociedad construye un sentido y una fundamentación para definir qué cosas están prohibidas y que permitidas y con ello fija pautas morales para el comportamiento en sociedad (Kiel. 2005). Esta construcción que es cultural y por tanto dinámica implica cambios necesarios y permanentes en las instituciones. Seguir pensando a las fuerzas policiales como las “garantes del orden y la seguridad” en un mundo cada vez más complejo y con un pasado institucional a cuestas, es algo que solo puede darse en las planificaciones teóricas más conservadoras.

Debe pensarse en cambio como algo positivo la transformación de viejas instituciones en algo más acorde a la realidad actual y sobre todo de cara a reconciliar el rol de la seguridad que debe cumplir la institución, con los valores democráticos arraigados en la sociedad.

Los límites no solo prohíben sino también habilitan pero por eso mismo debe tratarse de límites consensuados socialmente, aceptados culturalmente y que no se base en el autoritarismo sino en una concepción de vida y de sociedad que se tiene. Esto corresponde ser tenido en cuenta no solo por el sistema de seguridad sino por todas las instituciones que trabajan con la comunidad en general y los jóvenes en particular. Por ello también y sobre todo por el sistema escolar que muchas veces se propone exigir comportamientos extemporáneos y anacrónicos por el solo hecho de ser “modelos educativos ya probados”.

Si se sigue insistiendo en la obediencia como virtud en sí misma, se invertirá grandes esfuerzos en un modelo que no prosperará y se perderá la oportunidad de formar niños y jóvenes comprometidos con los valores de su época.

Se requiere aunar las fuerzas del conjunto de la sociedad para producir un cambio de tamaño magnitud sobre todo si se tiene en cuenta que no existe una “solución mágica” respecto al sistema educativo y que todo proceso de cambio requerirá de un período mayor al que dura una gestión de gobierno, por lo que es fundamental concebir a las políticas educativas como políticas de Estado y no de un gobierno, generando consensos amplios y plurales y teniendo una mirada abierta respecto a las instituciones del Estado que serán alcanzadas por dicha política.

Se trata de la búsqueda de acuerdos parciales a partir de la solución de problemas concretos, entendiendo que estos no preexisten a las relaciones entre los actores, sino que son consecuencia del choque de distintas visiones sobre un mismo hecho, vinculado a la diversidad de intereses que conviven (Tiramonti, 1995). Y que ellos

mismos son necesarios para dar lugar a nuevas interpretaciones, nuevas prácticas, nuevos patrones de conducta y por ende no constituyen un problema a resolver o hacer desaparecer sino una instancia de adaptación, democratización y respeto a la diversidad. El conflicto entonces no debería ser visto como algo negativo sino como una posibilidad de cambio y evolución, un camino a lo nuevo que permita la inclusión de más sujetos.

Aun en situaciones complejas el pasaje por la escuela puede hacer la diferencia (Kiel, 2005). La posibilidad de contar con un maestro que guíe, acompañe, incentive en el proceso de aprendizaje de las leyes de la naturaleza y las relaciones humanas es en muchos casos la única oportunidad de modificar su destino determinado por las condiciones sociales inclusive antes de su existencia.

La creciente violencia social producto de la desigualdad social reinante se ve agravada por un Estado –y un rol negativo de los medios de comunicación– que no ayuda en la conquista por parte de las nuevas generaciones de las capacidades propias del mundo afectivo (como es saber esperar, tolerar las frustraciones, ponerse en el lugar del otro, prever las consecuencias de los propios actos, etc.) que les permita luego emprender actividades intelectuales (tales como la abstracción, la síntesis, la interpretación, etc.), todas ellas necesarias para la comprensión de las relaciones sociales. Si bien la escuela forma al ciudadano del futuro, el tiempo escolar es “el mientras tanto y el de la apuesta” y es necesario que sea aprovechado (Kiel, 2005).

Aún más importancia adquiere la escuela cuando se habla de sectores vulnerables o excluidos. La escuela fue siempre un lugar de interacción entre pares, sin embargo no es el único referente de socialización que tienen las capas medias y altas de la sociedad que suelen habitar otros espacios como clubes, centros culturales, grupos de *boy scout*, inclusive plazas y espacios públicos propicios para la socialización. En cambio los sectores vulnerables suelen no contar con el acceso a estos espacios. En algunos casos como los clubes por falta de recursos, pero en otros como los centro culturales o las plazas por no estar disponibles en sus barrios.

A diferencia de lo que sucede con los sectores de mayores recursos cuya socialización crítica se da en esferas no escolares, los jóvenes que viven en situación de pobreza y exclusión encuentran en la escuela un ámbito propicio para la socialización y en ello radica la importancia de dicha institución y la necesidad de aggiornarla a las nuevas demandas.

Este aggiornamento del espacio escolar no implica su transformación en bunker intramuros, sino en permitir que el lenguaje escolar se contagie de la realidad que se da fuera de la escuela, permitiendo que dicha realidad sea discutida y cuestionada en sus métodos y saberes por la multiplicidad de significados.

4. Bibliografía

- Chávez, Mariana (2005). *Juventud negada y negativizada: Representaciones y formaciones discursivas vigentes en la Argentina contemporánea*, Editorial Última Década, número 23.
- Duschatzky, Silvia en Pobres, *Pobreza y Exclusión Social* (2000) Irene Vasila-chis de Gialdino Compilador. Centro de estudios e Investigación Laboral (CEIL). Presidencia de la Nación.
- Duschatzky, Silvia y Corea, Cristina (2004). *Chicos en banda: Los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones*, Paidós.
- Fernández, Alicia (1987). *La inteligencia atrapada: abordaje psicopedagógico clínico del niño y su familia*. Ediciones Nueva Visión.
- Foucault, Michel (1975) *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno Editores.
- Giberti, Eva (1997) comp. *Políticas y Niñez*, Lozada.
- Guemureman, Silvia (2015) *Adentro y Afuera*. Grupo Editor Univesitario.
- Huergo, Damián y Marcela Martínez (2014). “La escuela contemporánea. El aula global y el maestro moderador”, *Revista Anfibia*.
- Kiel, Laura (2005). De sin límites a limitados en Materiales para la capacitación docente. Escuela de Capacitación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Paín, Sara (1983) *Diagnóstico y tratamiento de los problemas de aprendizaje*, Ediciones Nueva Visión.
- Rodulfo, Ricardo (1992) *Estudios Clínicos: del significante al pictograma a través de la práctica psicoanalítica*, Paidós.
- Saleme de Burnichón, María (1997) *Decires: Recopilación de entrevistas a María Saleme de Burnichón*, Narvaja Editor.
- Tiramonti, Ma. Guillermina (1995) “La Concertación de políticas públicas, como un nuevo modo de hacer política” en ¿Es posible concertar las políticas públicas? Flacso - Fundación Concretar – Fundación Ford – Orelac/Unesco. Miño y Dávila Editores.
- Wacquant, Loïc (2011) “Forjando el estado liberal. Workfare, Prisonfare e Inseguridad Social”, en *Prohistoria* vol. 16. Rosario.

La educación infantil como factor protector en el desarrollo cognitivo infantil

L. G. Gago Galvagno⁸, S. Stoisa⁹, A. Gak¹⁰ y A. M. Elgier¹¹

1. Marco teórico

El desarrollo infantil temprano es un proceso por demás complejo que puede ser analizado desde múltiples perspectivas disciplinares y desde una gran variedad de marcos teóricos. Este se encuentra modulado por numerosas variables tanto de índole ambiental (e. g., nutrición, estilos de crianza, nivel socio-económico, presencia de trastorno parental, nivel educativo parental) como individual (e. g., predisposición genética, temperamento, personalidad, presencia de trastorno infantil).

Dentro de la psicología cognitiva del desarrollo, Bonfrenbrenner (1970) postula que el desarrollo de cualquier individuo se produce en un contexto determinado, en el cual pueden ser distinguidos cuatro niveles de análisis que son necesarios para todo estudio del desarrollo infantil. Por un lado, además de las características particulares del infante (e. g., edad, género y nivel de esfuerzo de control), se debe tener en cuenta el Microsistema, conformado por el patrón de actividades, roles y relaciones interpersonales que la persona en desarrollo experimenta en el entorno en el que participa (e. g., nivel

8 Facultad de Psicología y Relaciones Humanas - Universidad Abierta Interamericana. Instituto de Investigaciones en Psicología. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

9 Facultad de Psicología y Relaciones Humanas - Universidad Abierta Interamericana. Instituto de Investigaciones en Psicología. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires. Programa Centros de Acción Familiar (CAF). Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

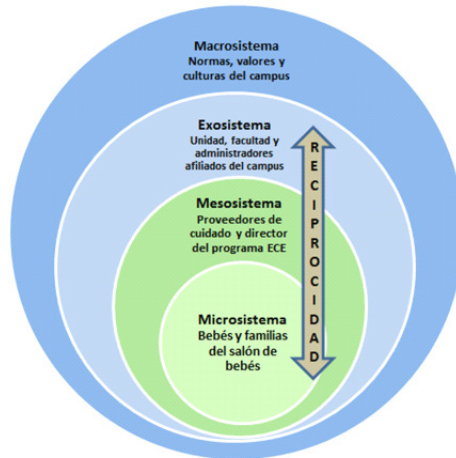
10 Facultad de Psicología y Relaciones Humanas - Universidad Abierta Interamericana. Instituto de Investigaciones en Psicología. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires. Programa Centros de Acción Familiar (CAF). Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

11 Facultad de Psicología y Relaciones Humanas - Universidad Abierta Interamericana. Instituto de Investigaciones en Psicología. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

socioeconómico y hacinamiento en el hogar). Luego está el Mesosistema, conformado por las interrelaciones de dos o más entornos (microsistemas) en los que la persona en desarrollo participa (e. g., para un infante, las relaciones entre el hogar y las instituciones de educación tempranas como los CAF o los jardines maternas).

Otro nivel de análisis a tener en cuenta es el Exosistema, formado por los propios entornos (uno o más) en los que la persona en desarrollo no está incluida directamente, pero en los que se producen hechos que afectan lo que ocurre en los entornos en los que la persona sí está incluida (e. g., el entorno laboral y educativo de los cuidadores). Por último, el Cronosistema, conformado por los marcos culturales o ideológicos epocales que afectan o pueden afectar transversalmente a los sistemas de menor orden (micro, meso y exo), confiriéndoles a estos cierta uniformidad (e. g., el acceso a subsidios económicos). Asimismo, les otorga a dichos sistemas cierta diferencia con respecto a otros entornos influidos por marcos culturales o ideológicos disímiles.

Teoría de desarrollo



En este sentido, el desarrollo infantil no es pensado como una pizarra en blanco que pasivamente y sin ningún tipo de selección copia todo lo que el ambiente le presenta, si no que el mismo individuo construye su realidad en un proceso activo de interacción con el medio que lo rodea (Castorina *et al.*, 1996; Flavell, 1992). Por ende, el desarrollo cognitivo sería co-construido en un proceso de interacción permanente entre el sujeto epistémico (el individuo que conoce) y el objeto a conocer, en una interacción constante que lleva a generar niveles más altos de conocimiento a través de esquemas generales de acción (Piaget, 1954). Desde este aspecto, es necesario resaltar

que este desarrollo no es independiente de un marco socio-histórico-cultural determinado, en donde la ontogenia se entrelaza con la filogenia y la cultura, a través del uso de signos y herramientas (Vygotski, 1934). En los primeros años de vida, se iría desarrollando una habilidad unitaria de FE (Miller y Marcovitch, 2015) ya que comienzan a surgir habilidades simbólicas que pueden ser utilizadas para formar y mantener información relevante para alcanzar metas (Cunningham y Zelazo, 2016; Wiebe *et al.*, 2010). Por ende, las diversas pruebas de Funciones Ejecutivas (FE) muestran una tendencia a alcanzar correlaciones más elevadas entre sí a medida que el desarrollo ontogenético avanza, siendo que todos los subtipos de FE ya mencionados requieren algo en común relacionado con la habilidad de formar y mantener información relevante, que se utiliza para guiar el comportamiento (Miyake y Friedman, 2012). Esta habilidad para mantener información meta para la solución de problemas se originaría durante el segundo año de vida (Zelazo, 2004). Esto brinda un apoyo al infante, ya que puede ayudarlos a formar representaciones relevantes para la tarea en pos de guiar el comportamiento (e. g., Zelazo, 2004; Marcovitch y Zelazo, 2009).

Al igual que Karmiloff-Smith (1979, 1992), Marcovitch y Zelazo (2009), argumentan que, durante el curso del desarrollo de las representaciones, subyace un proceso recursivo que se va representando con niveles de accesibilidad cada vez más explícitos y conscientes. En los primeros años de vida, estas representaciones son incipientes, y para resolver la prueba A-no-B en este momento del desarrollo se requiere, según estos autores, la habilidad de reflexión, más específicamente, una decisión consciente y deliberada para ejercer un control de arriba a abajo (Marcovitch y Zelazo, 1999).

Sin embargo, durante los primeros años de vida, nos encontramos entre el pasaje de lo que Karmiloff-Smith (1994; 2004) llamó nivel implícito, en donde las primeras representaciones lingüísticas recibidas a través de los estímulos se almacenan de manera independiente, sin integrarse entre sí, a un primer nivel explícito, en donde las representaciones se hacen explícitas y se reanalizan, pero sin que se tenga acceso consciente a dichas operaciones. Por ende, el uso y acceso de representaciones aún se encuentra en desarrollo en los primeros tres años de vida, dificultando la resolución en pruebas con demandas ejecutivas (Zelazo, 2004). Entre el segundo y quinto año de vida se generan cambios dramáticos en varios aspectos de las funciones ejecutivas en una amplia variedad de dominios (e. g., Visu-Petra *et al.*, 2014; Zelazo *et al.*, 1997). Hay un amplio consenso

de que estos cambios se deben al rol central del lenguaje para identificar y mantener los objetivos de la prueba (Visu-Petra *et al.*, 2014).

Por ende, el problema en la evaluación de estas habilidades en primera infancia es que es difícil evaluar las FE debido a que las pruebas deben ser de tipo no-verbal y breves, además de que el acceso a la muestra es más complicado y requiere de la participación de un cuidador primario, hay mayor muerte muestral debido a que el foco atencional es más breve y, en consecuencia, las diferencias inter e intra sujeto son muy amplias (Hughes y Graham, 2002; Miller y Marcovitch, 2015; Rodríguez *et al.*, 2018). Además, como se vio, desde el lado teórico, algunos investigadores argumentan que aún se encuentra en desarrollo un sistema de representaciones que permita llevar a cabo la planificación sostenida de determinada actividad (e. g., Marcovitch y Zelazo, 2009; Miller y Marcovitch, 2015).

Esto último podría deberse, por un lado, a la ausencia y la emergencia gradual de las FE en los primeros años, siendo este período de transición para el desarrollo, o a la ausencia de un funcionamiento ejecutivo unificado como el ya explicado (Miller y Marcovitch, 2015; Miyake *et al.*, 2000; Wiebe *et al.*, 2012). El modelo jerárquico de desarrollo de esta capacidad propone que primero se desarrollaría la atención sostenida y la capacidad de inhibir estímulos externos e internos, los cuales serían prerrequisitos para la formación de la flexibilidad cognitiva y la memoria de trabajo. Ambos conformarían lo que se denomina FE de mayor grado de complejidad (Diamond, 2013; Marcovitch y Zelazo, 2009).

Sin embargo, en los últimos años han aparecido investigaciones que tratan de evaluar las FE antes de los dos años de vida con diferentes metodologías de estudio, tanto cuantitativas como cualitativas (Day, 2018; Gago Galvagno *et al.*, 2019; Miller y Marcovitch, 2015; Rodríguez *et al.*, 2017; Sastre i Riba, Fonseca-Pedrero y Poch-Olivé, 2015). La medida más utilizada para evaluar FE en los primeros años es la prueba A-no-B clásica de Piaget (1954), en donde los infantes han demostrado la habilidad de sobreponerse a una respuesta motora preponderante para buscar un objeto oculto que fue previamente reforzado en una nueva locación (e.g., Diamond, 2013). Sin embargo, fue en los últimos años que se comenzó a estudiar a las FE en los primeros años de vida mediante una batería de pruebas comportamentales para examinar los resultados de estas con respecto a variables individuales y ambientales. Estas han demostrado poca consistencia y estabilidad en los resultados (Devine *et al.*, 2019; Gago Galvagno *et al.*, 2019; Johanson *et al.*, 2015).



Figura 3. Prueba del espectáculo del objeto (Mundy *et al.*, 2003). En la imagen A la niña está observando el objeto. En la B y D realizando una conducta de solicitud (IBR) y en la C señalando (IJA).

2. La vulnerabilidad social en la infancia. Un fenómeno multidimensional

La definición más relevante y con mayor consenso acerca de la pobreza infantil fue definida por UNICEF (2004) como aquella que afecta a los infantes que sufren alguna privación ya sea material, emocional o espiritual, necesarias para desarrollarse, y como consecuencia disfrutar de sus derechos, alcanzar su potencial o participar como miembros plenos y en un nivel de igualdad en la sociedad. Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2007) la define como el fenómeno que trae aparejado privaciones en el área nutricional, acceso a agua potable, a servicios básicos de salud, alojamiento, educación, participación y protección (Espíndola *et al.*, 2017).

Siguiendo con la conceptualización de pobreza, el enfoque más utilizado para su medición, tanto en términos históricos como mundialmente, es el enfoque monetario. Se basa en la posibilidad de los hogares en alcanzar la canasta de consumo mínimo, y con ello, alcanzar el nivel básico de bienestar (STPP/UNICEF, 2015). En términos metodológicos, el enfoque monetario es un método indirecto, toda vez que considera como medida de privación el consumo potencial de bienes y servicios, pero no su satisfacción efectiva. Este método se caracteriza por utilizar líneas de pobreza, las cuales establecen el ingreso o gasto mínimo que permite mantener un nivel de vida adecuado según ciertos estándares. Es decir, se considera pobres a aquellas personas con un ingreso menor a la línea de pobreza (Feres y Mancero, 2001).

En cuanto a la conceptualización de vulnerabilidad social, otro método utilizado es el de nivel básica insatisfecho (en adelante,

NBI), que sirve para identificar condiciones de pobreza estructurales y crónicas, ya que no basa su criterio en condiciones de crisis financieras o económicas situacionales y en el ingreso económico en sí (Lipina *et al.*, 2004). El método NBI toma una perspectiva de la pobreza multidimensional, que toma en cuenta el enfoque de las capacidades (Biggeri y Karkara, 2014; Boltvinik, 2000), que incluye lo que el infante puede hacer en su entorno (e. g., estimulación en el hogar) y el enfoque de derechos, que incluye a los derechos que accede el infante (e. g., acceso a la educación y vivienda digna). Por ende, el enfoque adoptado en el siguiente trabajo entiende a la vulnerabilidad social como fenómeno multidimensional (Espíndola *et al.*, 2017). A pesar de hoy en día utilizar esta metodología de medición, todavía se desconoce el modo en que los distintos factores implicados en la vulnerabilidad social interactúan entre sí. Para esto es necesario realizar investigaciones que efectúen análisis multivariados, ya que el estudio aislado de estos factores podría caer en resultados incompletos o en el sobredimensionamiento (Mazzoni *et al.*, 2014).

En este sentido, la vulnerabilidad social, a diferencia del criterio de línea de pobreza, corresponde a una variable multidimensional, es decir que involucra en forma paralela a distintas variables, siendo un indicador más complejo y abarcativo que el mero ingreso económico de la familia (Espíndola *et al.*, 2017; Ramos Ojeda, 2019). Este incluye además la ocupación y el nivel educativo de los padres, el tipo de vivienda en el que habitan, la existencia de hacinamiento, el nivel de estimulación del hogar (lectura de libros, diarios, revistas, Internet y televisión), si reciben algún tipo de ayuda económica estatal, si pueden acceder a alimentos (3 o 4 por día), ropa (reposición), salud y educación, y por último el acceso a servicios. Por ende, el método NBI (nivel básico insatisfecho) sirve para identificar condiciones de pobreza estructurales y crónicas, ya que no basa su criterio en condiciones de crisis financieras o económicas situacionales y en el ingreso económico en sí (Belema, Ordóñez y Bravo, 2018). Es un fenómeno multidimensional y no generalizable entre diferentes poblaciones, ya que se expresa de forma disímil según cada región. En este sentido, actualmente es preferible hablar de “pobrezas” y no la pobreza en sentido estricto (Tuñón y Salvia, 2018).

Este fenómeno, de acuerdo con la definición utilizada por los organismos internacionales, basada en los criterios de pobreza multidimensional, afecta aproximadamente al 33% de la población mundial y, dentro de ella, al 42% de los menores de 18 años lo que constituye un panorama de carácter pandémico (PNUD, 2019). En

cuanto a pobreza extrema, este fenómeno afecta alrededor de 1.850 millones de personas, o el 36% de la población mundial. Casi la mitad de la población en los países en desarrollo vive con menos de \$ 1.25 por día (Atkinson, 2019).

Debido a su alcance mundial, una de las expresiones más relevantes de lo anterior es la aprobación de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) por parte de los dirigentes mundiales en la Cumbre de Desarrollo Sostenible realizada en septiembre de 2015 y su entrada en vigor oficial el 1 de enero de 2016. Estos objetivos se enmarcan en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y buscan que en los próximos 15 años los países intensifiquen los esfuerzos para poner fin a la pobreza en todas sus formas, reducir la desigualdad y luchar contra el cambio climático garantizando, al mismo tiempo, que nadie se quede atrás.

Por otro lado, en la región latinoamericana la vulnerabilidad social abarca al 30,8% de la población, siendo casi 6 millones de personas las afectadas (CEPAL, 2019), y dentro de la Argentina, desde el Observatorio de la Deuda Social Argentina (2020) se registró que afecta al 40,8% de la población bajo la línea de pobreza, de las cuales 8,9% se encuentran bajo la línea de indigencia, lo cual requiere analizar cuáles son las causas de la pobreza, sus consecuencias y la manera posible de disminuirla o erradicarla. (ODSA-UCA, 2020).

Se ha encontrado que los entornos vulnerables repercuten en el desarrollo cognitivo infantil desde los primeros años de vida, y se ha estudiado la importancia de la intervención temprana para paliar estas dificultades (Burchinal *et al.*, 2000; Campbell y Ramey, 1994). Dentro de esta área, diferentes estudios muestran que el nivel socioeconómico modula el desempeño en tareas que demandan comunicación proto verbal, receptiva, expresiva y las capacidades ejecutivas en los primeros años de vida, siendo el nivel educativo de los cuidadores primarios un fuerte predictor del desempeño cognitivo (e. g., Arán-Fillipetti y Richaud de Minzi, 2012; Betancourt, Brodsky y Hurt, 2015; Deanda *et al.*, 2016; Hackman *et al.*, 2015; Labín, Tabora, y Brenlla, 2015; Sharkins *et al.*, 2017), ya que tanto el nivel educativo como el tipo de ocupación se asocia con mayor habilidad cognitiva en los cuidadores, estilos parentales democráticos y mayor sensibilidad a las interacciones, además de asociarse de forma directa a mayor nivel socioeconómico (Roberts *et al.*, 2019; Schady, 2011).

Se debe tener en cuenta, como mencionan Mazzoni *et al.* (2014) que cuando se manifiesta este fenómeno de privación, se dan si-

multáneamente factores que se enlazan de modo aditivo y sinérgico, que traen como consecuencia un efecto negativo sobre el desarrollo, ya que involucra entre algunos aspectos cuestiones vinculadas con los estilos de crianza autoritarios o negligentes (Clerici *et al.*, 2020; Rubilar, Lemos y Richaud, 2017), exposición a estrés y violencia y bajos niveles nutricionales y de salud (Rodríguez y Monge, 2017; Valverde Peralta, 2019), que van en detrimento del desarrollo cognitivo en estas etapas del ciclo vital.

También, se encontró que la privación económica aumenta el riesgo de padecer problemas emocionales y conductuales en los niños (Duncan *et al.*, 1994; Lipina, 2019). También, a nivel fisiológico, el sistema izquierdo perisilviano asociado al lenguaje mostró una relación altamente significativa al nivel socioeconómico, lo mismo que el sistema temporal medial asociado con la memoria y el sistema parietal asociado con la cognición espacial (Blair y Raver, 2016; Farah, 2018).

Por otro lado, las vidas de las personas de niveles socioeconómicos bajos tienden a ser más estresantes por una gran variedad de razones. El estrés psicológico causa la secreción de la hormona de cortisol, que afecta el cerebro reduciendo ciertas áreas como el hipocampo y disminuye los puntajes de pruebas cognitivas (Blair y Raver, 2016; McEwen, 2000). El cerebro inmaduro es particularmente sensible a estos efectos. En estudios con infantes se encontró que aquellos que vivían en situación de vulnerabilidad social mostraban mayores niveles de la hormona de cortisol en saliva (e. g., Berry *et al.*, 2016; Finegood *et al.*, 2017). Además, la presencia de hacinamiento y viviendas de tipo precario pueden traer aparejadas enfermedades en los infantes, bajas en el desempeño de pruebas cognitivas, problemas de crecimiento, conductas trastornos externalizantes e internalizantes en los infantes y adultos, peligros y accidentes domésticos, bajas en el rendimiento académico infantil y mayores niveles de estrés y agresión derivados del espacio y la falta de intimidad (Dickson, 2019; Martin y Curtin, 2019).

A partir de todo lo expuesto, se puede afirmar que el desarrollo integral del infante puede verse influenciado tanto positiva como negativamente a través de varios factores de índole biológico, psicológicos o socio-culturales, que actúan incluso desde antes del nacimiento, ya sea en el contexto intrauterino o en la historia familiar (Buss, Entringer y Wadhwa, 2012; Paolini, Oiberman y Mansilla, 2017). Los efectos de las características individuales y ambientales variarían en relación con la cantidad de tiempo en que se presentan,

durante qué período del desarrollo, su acumulación y la susceptibilidad de cada sujeto frente a estos (de Sapia y Rubilar, 2012; Hermida *et al.*, 2019). En este sentido, el impacto de la vulnerabilidad suele estar asociado al condicionamiento de las oportunidades de crecimiento, de desarrollo mental, de educación y de inclusión social (Rodríguez, 2018).

Esto va de la mano con pensar los niveles de organización contextuales teniendo en cuenta la idiosincrasia específica del entorno donde se está llevando a cabo la investigación. El macrosistema, exosistema, mesosistema y microsistema puede variar entre cada zona barrial. Muchas veces se encuentra en algunos barrios el apoyo de escuelas, iglesia clubes barriales y sistemas de salud, que sostienen y apoyan la crianza de las familias y por ende andamian el desarrollo de los niños y niñas a diferencia de otros barrios, desde un nivel macro, donde el estado se encuentra ausente, y no hay apoyo de servicios o redes de trabajo. Esto va en menoscabo del acceso a oportunidades de los infantes y las familias (Repetto *et al.*, 2017).

3. La vulnerabilidad social en la infancia. Un fenómeno multidimensional

La definición más relevante y con mayor consenso acerca de la pobreza infantil fue definidas por UNICEF (2004) como aquella que afecta a los infantes que sufren alguna privación ya sea material, emocional o espiritual, necesarios para desarrollarse, lo que trae como consecuencia disfrutar de sus derechos, alcanzar su potencial o participar como miembros plenos y en un nivel de igualdad en la sociedad. Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2007) la define como el fenómeno que trae aparejado privaciones en el área nutricional, acceso a agua potable, a servicios básicos de salud, alojamiento, educación, participación y protección (Espíndola *et al.*, 2017).

Siguiendo con la conceptualización de pobreza, el enfoque más utilizado para su medición, tanto en términos históricos como mundialmente, es el enfoque monetario. Se basa en la posibilidad de los hogares en alcanzar la canasta de consumo mínimo, y con ello, alcanzar el nivel básico de bienestar (STPP/UNICEF, 2015). En términos metodológicos, el enfoque monetario es un método indirecto, toda vez que considera como medida de privación el consumo potencial de bienes y servicios, pero no su satisfacción efectiva. Este método se caracteriza por utilizar líneas de pobreza, las cuales establecen el ingreso o gasto mínimo que permite mantener un nivel de vida

adecuado según ciertos estándares. Es decir, se considera pobres a aquellas personas con un ingreso menor a la línea de pobreza (Feres y Mancero, 2001).

En cuanto a la conceptualización de vulnerabilidad social, otro método utilizado es el de nivel básico insatisfecho (en adelante, NBI), que sirve para identificar condiciones de pobreza estructurales y crónicas, ya que no basa su criterio en condiciones de crisis financieras o económicas situacionales y en el ingreso económico en sí (Lipina *et al.*, 2004). El método NBI toma una perspectiva de la pobreza multidimensional, que toma en cuenta el enfoque de las capacidades (Biggeri y Karkara, 2014; Boltvinik, 2000), que incluye lo que el infante puede hacer en su entorno (e. g., estimulación en el hogar) y el enfoque de derechos, que incluye a los derechos que accede el infante (e. g., acceso a la educación y vivienda digna). Por ende, el enfoque adoptado en el siguiente trabajo entiende a la vulnerabilidad social como fenómeno multidimensional (Espíndola *et al.*, 2017). A pesar de hoy en día utilizar esta metodología de medición, todavía se desconoce el modo en que los distintos factores implicados en la vulnerabilidad social interactúan entre sí. Para esto es necesario realizar investigaciones que efectúen análisis multivariados, ya que el estudio aislado de estos factores podría caer en resultados incompletos o en el sobredimensionamiento (Mazzoni *et al.*, 2014).

En este sentido, la vulnerabilidad social, a diferencia del criterio de línea de pobreza, corresponde a una variable multidimensional, es decir que involucra en forma paralela a distintas variables, siendo un indicador más complejo y abarcativo que el mero ingreso económico de la familia (Espíndola *et al.*, 2017; Ramos Ojeda, 2019). Este incluye además la ocupación y el nivel educativo de los padres, el tipo de vivienda en el que habitan, la existencia de hacinamiento, el nivel de estimulación del hogar (lectura de libros, diarios, revistas, Internet y televisión), si reciben algún tipo de ayuda económica estatal, si pueden acceder a alimentos (3 o 4 por día), ropa (reposición), salud y educación, y por último el acceso a servicios. Por ende, el método NBI (nivel básico insatisfecho) sirve para identificar condiciones de pobreza estructurales y crónicas, ya que no basa su criterio en condiciones de crisis financieras o económicas situacionales y en el ingreso económico en sí (Belema, Ordóñez y Bravo, 2018). Es un fenómeno multidimensional y no generalizable entre diferentes poblaciones, ya que se expresa de forma disímil según cada región. En este sentido, actualmente es preferible hablar de “pobrezas” y no la pobreza en sentido estricto (Tuñón y Salvia, 2018).

Este fenómeno, de acuerdo con la definición utilizada por los organismos internacionales, basada en los criterios de pobreza multidimensional, afecta aproximadamente al 33% de la población mundial y, dentro de ella, al 42% de los menores de 18 años lo que constituye un panorama de carácter pandémico (PNUD, 2019). En cuanto a pobreza extrema, este fenómeno afecta alrededor de 1.850 millones de personas, o el 36% de la población mundial. Casi la mitad de la población en los países en desarrollo vive con menos de \$ 1.25 por día (Atkinson, 2019).

Debido a su alcance mundial, una de las expresiones más relevantes de lo anterior es la aprobación de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) por parte de los dirigentes mundiales en la Cumbre de Desarrollo Sostenible realizada en septiembre de 2015 y su entrada en vigor oficial el 1 de enero de 2016. Estos objetivos se enmarcan en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y buscan que en los próximos 15 años los países intensifiquen los esfuerzos para poner fin a la pobreza en todas sus formas, reducir la desigualdad y luchar contra el cambio climático garantizando, al mismo tiempo, que nadie se quede atrás.

Se debe tener en cuenta, como mencionan Mazzoni et al. (2014) que cuando se manifiesta este fenómeno de deprivación, se dan simultáneamente factores que se enlazan de modo aditivo y sinérgico, que traen como consecuencia un efecto negativo sobre el desarrollo, ya que involucra entre algunos aspectos cuestiones vinculadas con los estilos de crianza autoritarios o negligentes (Clerici *et al.*, 2020; Rubilar, Lemos y Richaud, 2017), exposición a estrés y violencia y bajos niveles nutricionales y de salud (Rodríguez y Monge, 2017; Valverde Peralta, 2019), que van en detrimento del desarrollo cognitivo en estas etapas del ciclo vital.

También, se encontró que la deprivación económica aumenta el riesgo de padecer problemas emocionales y conductuales en los niños (Duncan *et al.*, 1994; Lipina, 2019). También, a nivel fisiológico, el sistema izquierdo perisilviano asociado al lenguaje mostró una relación altamente significativa al nivel socioeconómico, lo mismo que el sistema temporal medial asociado con la memoria y el sistema parietal asociado con la cognición espacial (Blair y Raver, 2016; Farah, 2018).

Por otro lado, las vidas de las personas de niveles socioeconómicos bajos tienden a ser más estresantes por una gran variedad de razones. El estrés psicológico causa la secreción de la hormona de cortisol, que afecta el cerebro reduciendo ciertas áreas como el hipo-

campo y disminuye los puntajes de pruebas cognitivas (Blair y Raver, 2016; McEwen, 2000). El cerebro inmaduro es particularmente sensible a estos efectos. En estudios con infantes se encontró que aquellos que vivían en situación de vulnerabilidad social mostraban mayores niveles de la hormona de cortisol en saliva (e. g., Berry *et al.*, 2016; Finegood *et al.*, 2017). Además, la presencia de hacinamiento y viviendas de tipo precario pueden traer aparejadas enfermedades en los infantes, bajas en el desempeño de pruebas cognitivas, problemas de crecimiento, conductas trastornos externalizantes e internalizantes en los infantes y adultos, peligros domésticos, bajas en el rendimiento académico infantil y mayores niveles de estrés y agresión derivados del espacio y la falta de intimidad (Dickson, 2019; Martín y Curtin, 2019).

4. Metodología y desarrollo

Problema de investigación: ¿Los contextos familiares y educacionales impactan las capacidades cognitivas en los primeros meses del desarrollo?

4.1. Relevancia:

Ausencia de estudios

- Para estas edades en Latinoamérica.
- Para conocer la influencia de la vulnerabilidad y los contextos educativos en esta edad.

Teórica

- Comprender el impacto de factores contextuales (vulnerabilidad y espacios de educación temprana y cómo se relacionan entre sí).

Hipótesis y objetivos



Práctica

- Generar intervenciones desde los primeros meses de vida.

Social

- Legitimar políticas públicas para realizar intervenciones desde los primeros meses de vida (especificar variable de intervención).

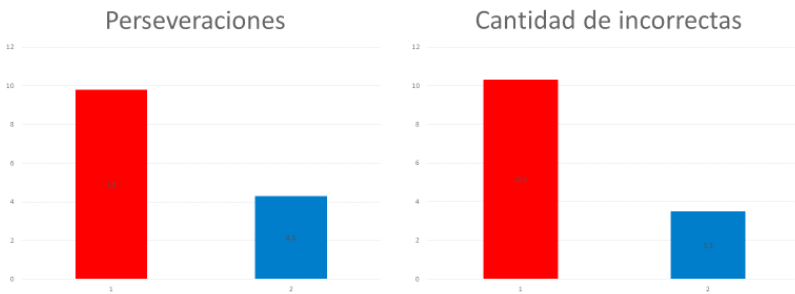
4.2. Metodología general

- Estudio transversal con infantes de 18 a 24 meses ($M=21,12$).
- La muestra está conformada por 80 díadas cuidador-infante provenientes de CAF, jardines maternos y de hogares con y sin necesidades básicas satisfechas.
- Sesiones videograbadas.
- En todos los casos se administró la Escala NES (INDEC, 2001) y ECBQ (Rothbart *et al.*, 2003) y se resguardaron los datos en forma anónima.

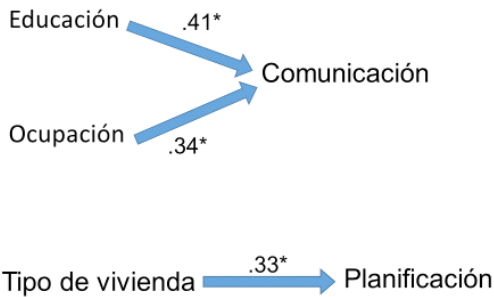
4.3. Resultados

A partir de todo lo expuesto, se puede afirmar que el desarrollo integral del infante puede verse influenciado tanto positiva como negativamente a través de varios factores de índole biológico, psicológicos o socio-culturales, que actúan incluso desde antes del nacimiento, ya sea en el contexto intrauterino o en la historia familiar (Buss, Entringer y Wadhwa, 2012; Paolini, Oiberman y Mansilla, 2017). Los efectos de las características individuales y ambientales variarían en relación con la cantidad de tiempo en que se presentan, durante qué período del desarrollo, su acumulación y la susceptibilidad de cada sujeto frente a estos (de Sapia y Rubilar, 2012; Hermita *et al.*, 2019). En este sentido, el impacto de la vulnerabilidad suele estar asociado al condicionamiento de las oportunidades de crecimiento, de desarrollo mental, de educación y de inclusión social (Rodríguez, 2018). Podemos pensar las siguientes figuras donde vemos que el efecto de asistir a un CAF atenúa los problemas relacionados con el desarrollo cognitivo.

NES y Planificación

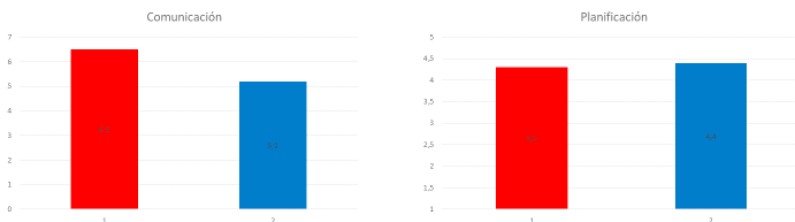


Dimensiones NES



CAF y NES en las capacidades cognitivas

- No hay diferencias por nivel socioeconómico si el infante asiste a los Centros de Acción Familiar.
- El desempeño en todas las pruebas cognitivas mejora si el infante asiste a los CAF, independientemente del nivel socioeconómico.



Infantes asistentes a CAF vs. Infantes con NBS

5. Conclusiones

Teniendo en cuenta la literatura previa y lo que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires nosotros hemos dado en llamar:

- El nivel socioeconómico impacta en las capacidades cognitivas desde los primeros años de vida.
- Las dimensiones más importantes son las familiares (educación y ocupación) y las de la vivienda.
- Interpretaciones
- La menor estimulación en el hogar derivada de los recursos de los que se dispone (cantidad de lecturas, juego, acceso a libros e información).
- Vocabulario materno/paterno y cantidad de interacciones (Espy *et al.*, 2013, Zimmerman *et al.*, 2011; Zelazo *et al.*, 2002).

Sobre la base de esas interpretaciones y la investigación realizada concluimos que la asistencia a los CAF funciona como factor protector de la vulnerabilidad social y promueve el desarrollo cognitivo infantil porque:

- Provee Espacio de interacción con otros significativos (pares y adultos).
- Da lugar al desafío cognitivo para el infante que promueve la zona de desarrollo próximo (Vygotsky, 1931).
- Propicia la estimulación mediante distintos recursos didácticos.
- Realiza trabajo interdisciplinario permanente y sistemático con las familias.

Por otro lado, en la región latinoamericana la vulnerabilidad social abarca al 30,8% de la población, siendo casi 6 millones de personas las afectadas (CEPAL, 2019), y dentro de la Argentina, desde el Observatorio de la Deuda Social Argentina (2020) se registró que afecta al 40,8% de la población bajo la línea de pobreza, de las cuales 8,9% se encuentran bajo la línea de indigencia, lo cual requiere analizar cuáles son las causas de la pobreza, sus consecuencias y la manera posible de disminuirla o erradicarla. (ODSA-UCA, 2020).

Se ha encontrado que los entornos vulnerables repercuten en el desarrollo cognitivo infantil desde los primeros años de vida, y se ha estudiado la importancia de la intervención temprana para paliar estas dificultades (Burchinal *et al.*, 2000; Campbell y Ramey, 1994). Dentro de esta área, diferentes estudios muestran que el nivel socioeconómico modula el desempeño en tareas que demandan comunicación proto verbal, receptiva, expresiva y las capacidades

ejecutivas en los primeros años de vida, siendo el nivel educativo de los cuidadores primarios un fuerte predictor del desempeño cognitivo (e. g., Arán-Fillipetti y Richaud de Minzi, 2012; Betancourt, Brodsky y Hurt, 2015; Deanda *et al.*, 2016; Hackman *et al.*, 2015; Labín, Taborda y Brenlla, 2015; Sharkins *et al.*, 2017), ya que tanto el nivel educativo como el tipo de ocupación se asocia con mayor habilidad cognitiva en los cuidadores, estilos parentales democráticos y mayor sensibilidad a las interacciones, además de asociarse de forma directa a mayor nivel socioeconómico (Roberts *et al.*, 2019; Schady, 2011).

Esto va de la mano con pensar los niveles de organización contextuales teniendo en cuenta la idiosincrasia específica del entorno donde se está llevando a cabo la investigación. El macrosistema, exosistema, mesosistema y microsistema puede variar entre cada zona barrial. Muchas veces se encuentra en algunos barrios el apoyo de escuelas, iglesia clubes barriales y sistemas de salud, que sostienen y apoyan la crianza de las familias y, por ende, andamian el desarrollo de los niños y niñas. Pero en otros barrios, desde un nivel macro, el estado se encuentra ausente, y no hay apoyo de servicios o redes de trabajo. Esto va en menoscabo del acceso a oportunidades de los infantes y las familias (Repetto *et al.*, 2017).

Esperemos que este trabajo de investigación mancomunado entre Universidades, CONICET y Programa CAF sea un aporte de interés desde la Psicología basada en la evidencia, y destaque el aporte positivo que realizan instituciones del Estado, en este caso como los Centros de Acción Familiar, que en el marco de los Derechos atienden, cuidan y educan a Niños y Niñas de poblaciones vulnerables en zonas desfavorables de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

6. Bibliografía

- Repetto, F.; Langou, G. D.; Aulicino, C.; De Achával, O. y Acuña, M. (2017). *El futuro es hoy: primera infancia en la Argentina*. Buenos Aires, Biblos.
- Reyna, C. y Brussino, S. (2015) “Diferencias de edad y género en comportamiento social, temperamento y regulación emocional en niños argentinos”, *Acta Colombiana de Psicología*, 18(2), 51-64. doi: 10.14718/ACP.2015.18.2.5
- Ricciardelli, P.; Betta, E.; Pruner, S. y Turatto, M. (2009). Is there a direct link between gaze perception and joint attention behaviours? Effects of gaze contrast polarity on oculomotor behavior. *Experimental Brain Research*, 194, 347–357.
- Richaud, M. C.; Mestre, M. V.; Lemos, V. N.; Tur, A.; Ghiglione, M. E. y Samper, P. (2013). “La influencia de la cultura en los estilos parentales

- en contextos de vulnerabilidad social”, *Avances en psicología latinoamericana*, 31(2), 419-431.
- Roberts, E.; Bornstein, M. H.; Slater, A. M. y Barrett, J. (1999) “Early cognitive development and parental education”, *Infant and Child Development: An International Journal of Research and Practice*, 8(1), 49-62.
- Rodríguez, C.; Basilio, M.; Cárdenas, K.; Cavalcante, S.; Moreno-Núñez, A.; Palacios, P. y Yuste, N. (2018) “Object pragmatics: Culture and communication - the bases for early cognitive development” en A. Rosa & J. Valsiner (Eds.), *Cambridge handbooks in psychology. The Cambridge handbook of sociocultural psychology* (p. 223–244). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316662229.013>
- Rodríguez, C.; Estrada, L.; Moreno-Llanos, I. y de los Reyes, J. L. (2017) “Executive Functions and educational actions in an infant school: private uses and gestures at the end of the first year/Funciones Ejecutivas y acción educativa en la Escuela Infantil: usos y gestos privados al final del primer año” *Estudios de Psicología*, 38(2), 385-423. <https://doi.org/10.1080/02109395.2017.1305061>
- Rodríguez, S. A. (2018) “Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil, ¿qué reflejan estos conceptos?”, *Revista Omnia*, 1(1), 51-62.
- Rogoff, B. y Chavajay, P. (1995) “What’s become of research on the cultural basis of cognitive development?”, *American Psychologist*, 50(10), 859.
- Rothbart, M. K. (1981) “Measurement of temperament in infancy”, *Child development*, 52, 569-578.
- Rothbart, M. K. (1989) “Temperament and development” en G. A. Kohnstamm, J. E. Bates y M. K. Rothbart (Eds.), *Temperament in childhood* (p. 187-247). John Wiley & Sons.
- Rothbart, M. K. (2011). *Becoming who we are: Temperament and personality in development*. Nueva York, Guilford Press.
- Rothbart, M. K. y Sheese, B. E. (2007) “Temperament and emotion regulation” en E. Gross (Ed.), *Handbook of emotion regulation* (pp. 331-350). Nueva York-Londres: The Guilford Press.
- Rothbart, M. K.; Ahadi, S. A. y Evans, D. E. (2000) “Temperament and personality: origins and outcomes”, *Journal of personality and social psychology*, 78(1), 122. doi: 10.1037/0022-3514.78.1.122
- Rothbart, M. K.; Ahadi, S. A. y Hershey, K. L. (1994). “Temperament and social behavior in childhood”, *Merrill-Palmer Quarterly (1982-)*, 21-39.
- Rueda, M. R.; Posner, M. I. y Rothbart, M. K. (2005). The development of executive attention: Contributions to the emergence of self-regulation. *Developmental neuropsychology*, 28(2), 573-594. https://doi.org/10.1207/s15326942dn2802_2
- Sallquist, J. V.; Eisenberg, N.; Spinrad, T. L.; Reiser, M.; Hofer, C.; Zhou, Q. ... y Eggum, N. (2009) “Positive and negative emotionality: Trajectories across six years and relations with social competence”, *Emotion*, 9(1), 15.
- Van Hecke, A. V. y Mundy, P. (2017) “Neural systems and the development of gaze-following and related joint attention skills” en R. Flor, K. Lee, D. Muir (Eds.), *Gaze-Following* (pp. 17-51). Psychology Press.

- Vargas-Rubilar, J. y Arán-Filippetti, V. (2014) “Importancia de la Parentalidad para el Desarrollo Cognitivo Infantil: una Revisión Teórica”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12(1), 171-186. doi: 10.11600/1692715x.1219110813
- Vargas-Rubilar, J. A.; Richaud, M. C., y Oros, L. B. (2018). “Programa de promoción de la parentalidad positiva en la escuela: un estudio preliminar en un contexto de vulnerabilidad social”, *Pensando Psicología*, 14(23). doi: <https://doi.org/10.16925/pe.v14i23.2265>
- Vaughan Van Hecke, A.; Mundy, P. C.; Acra, C. F.; Block, J. J.; Delgado, C. E.; Parlade, M. V., ... y Pomares, Y. B. (2007) “Infant joint attention, temperament, and social competence in preschool children”, *Child development*, 78(1), 53-69.

Los derechos del niño en pañales. El control de esfínteres como proceso

Ana María González Quiñones¹² y Mariana Elizabeth Medina¹³

1. Introducción

Para comenzar a desarrollar la temática planteada, es necesario cuestionar y repensar algunas ideas, cuyas respuestas suelen darse por obvias sin mediar discusión: ¿Qué se entiende por control de esfínteres? ¿Qué significa “haberlo logrado”? ¿Puede relacionarse su aprendizaje solo con una etapa evolutiva del desarrollo o con la madurez biológica de los niños y las niñas? ¿Existen otros factores que atraviesan, obstaculizan o favorecen este proceso? ¿Qué implica para estos sujetos responder a esta demanda, cuando es planteada como exigencia desde tan temprana edad? ¿Qué consecuencias tiene el logro del control de esfínteres?

La escuela y el jardín de infantes, actúan como instituciones normativas, que regulan, modelan y refuerzan la lógica binaria presente en todas y cada una de las sociedades, y por lo tanto, fácilmente pueden ubicar a quienes se adaptan al modelo esperable y “deseable”, y a quienes no. En nuestro caso: el niño que controla esfínteres a los 3 años de edad y el que aún “no lo ha logrado”.

Este modelo es en algunos casos, idealizado y tomado como “obligatorio” para permitir el acceso, la permanencia y el desarrollo armónico de la escolaridad, en las salas de 3 años.

No obstante, esta práctica, resulta contraria a los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (Art. 75 Inc. 22 CN), a la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, y a la Ley de Educación Nacional N° 26.206, entre otras.

En este contexto, es necesario preguntarse: ¿Por qué algunas familias quieren obligar a los niños y las niñas a “controlar esfínteres” a una edad biológica estipulada? ¿Qué ocurre con la integridad

12 Abogada, UBA.

13 Psicopedagoga (IES N° 1 Alicia Moreau de Justo)- Profesora de Nivel Primario.

de los niños y las niñas en tanto sujetos de derecho? ¿Cómo se está interfiriendo en su desarrollo y en su salud psíquica y emocional?

2. Análisis psicopedagógico

2.1. Consideraciones generales sobre el desarrollo del niño. El control de esfínteres como proceso del niño

El planteo acerca de la edad de 3 años, como edad estipulada para el control de esfínteres en algunas familias, nos obliga a pensar en el momento de desarrollo correspondiente con dicha edad.

Según L.J. Stone y J. Church el “preescolar”¹⁴ es el niño de 2 a 5 años de edad. En esta etapa el niño está preparado para afrontar el mundo fuera del ámbito familiar: el jardín de infantes. Es en esta etapa, cuando se produce un paso importante en la adquisición de la identidad y en la estructuración de las relaciones con el mundo exterior.

Sin embargo, resulta necesario centrarnos en la etapa evolutiva que se corresponde con el inicio del proceso del control de esfínteres (que tiene lugar mucho antes de los 3 años de edad) para comprender cómo el niño enfrenta este “desafío”.

Desde el marco de la psicología del desarrollo, durante el inicio de la “etapa del deambulador” (aproximadamente, entre los 15 y 30 meses de edad) los niños son capaces de pararse por sí mismos, caminar, y desplazarse, comenzando a explorar su entorno inmediato. Estos cambios funcionan como indicadores de una creciente autonomía psíquica, que es característica de esta etapa. (Stone, L.J. Church, J.1982).

En su desarrollo emocional, el niño transita el negativismo infantil, y un proceso de separación e individuación¹⁵, tomando conciencia de su propio Yo y afirmándolo. *“El deambulador adquiere, una conciencia más intensa de sí mismo, en cuanto persona distinta, con sus propias e incipientes voliciones, sensibilidades y capacidades”* (Stone, L.J. Church, J. 1982, en “Niñez y adolescencia”). El desarrollo de la conciencia de sí, depende en gran parte de las reacciones de otras personas ante lo que el niño hace.

14 L.J Stone y J. Church, en sus trabajos consideraban que la denominación “preescolar” no era suficientemente correcta ya que no todos los niños de 2 y 3 años de edad recibían educación preescolar. Se utiliza esta designación a pesar de no ser del todo pertinente, a fines descriptivos.

15 El concepto de individuación hace referencia al individuo, pero la psicología evolutiva (Niñez) actual utiliza el término *singularización* propuesto por la Prof. María Julia García para expresar la singularidad de cada sujeto.

Por otro lado, el desarrollo adquiere un nuevo ritmo y la maduración neurológica, posibilita que, a lo largo de esta etapa, los esfínteres vayan adquiriendo el control cortical necesario para la incorporación de nuevas pautas de comportamiento.

Se considera que, el control de esfínteres se trata de un proceso gradual que transcurre, a lo largo del segundo y tercer año de vida. Por lo tanto, es “esperable” que se produzcan altibajos y periodos de meseta, hasta llegar a la autorregulación definitiva. Esto significa, que el niño en general, comenzará controlando sus esfínteres durante el día, y luego podrá hacerlo por las noches, pero hasta el control definitivo, tendrá momentos en los que no acuda a los sanitarios, sin que esto implique un retroceso, ni motivo de preocupación.

Para alcanzar el control de esfínteres, el niño requiere de determinado nivel de maduración fisiológica. Una vez que se ha consolidado la posición erguida y la marcha, es posible adquirir el control de los intestinos. A partir de entonces, el niño está preparado para establecer las conexiones neuronales que hacen posible otorgar significación a las sensaciones provenientes del interior del organismo. En general, a los 15 meses comienza a mostrar desagrado por los pañales sucios, pudiendo ser un indicador de que está en un momento oportuno para transitar la etapa del control voluntario.

Osterrieth¹⁶ denominó período de expansión subjetiva, a la etapa de la infancia que abarca desde el primero, hasta los 3 años de edad, y caracterizó al niño del siguiente modo: *“El que va y viene según sus impulsos, que deambula, que tiene la posibilidad de acudir; cuando se le llama y, al contrario, de alejarse, ya no es un bebé”*. Tal como lo expresa, se trata de un período en el que la constitución subjetiva del niño se encuentra en pleno desarrollo.

Además, las adquisiciones en el lenguaje, permiten al niño expresar, a su manera, su necesidad de evacuar o manifestar que su pañal se encuentra sucio. Junto con el desarrollo motor, el niño encuentra así, la posibilidad de una mayor participación en la vida cotidiana, experimentando una creciente autonomía psíquica.

Podemos afirmar que, son fundamentales los cambios que se producen a nivel fisiológico, en el desarrollo del niño para lograr el control de esfínteres. Pero estos, no actúan por sí solos y no se producen del mismo modo en todos los niños. Por lo tanto, no se puede concebir que este sea un factor único y decisivo en el proceso que atraviese el niño hasta lograr el control voluntario de los esfínteres.

16 En “Psicología infantil. Introducción a la psicología infantil” (De la “edad bebé” a la madurez infantil).

El desarrollo psicosexual del niño, y los factores psicosociales, darán un carácter único al modo de transitar este proceso.

Tomando los aportes de la teoría de la sexualidad infantil freudiana, durante la etapa del deambulador el niño transita por la fase anal del desarrollo psico-sexual. Cuando el niño es capaz de dominar voluntariamente sus músculos, advierte espontáneamente que puede demorar o provocar la micción y defecación. El ejercicio de retener y dejar pasar el producto, se convierte en esta etapa, en un ejercicio cargado de interés erótico.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que el niño, durante el período que abarca el aprendizaje del control de esfínteres, atraviesa cambios significativos en su desarrollo físico, motor, del lenguaje, emocional y psicosexual.

Ahora bien, durante el último siglo, muchas son las disciplinas se ocuparon de estudiar e intentar responder a cuestiones ligadas al desarrollo del niño, vinculadas a la concepción de infancia producida por la modernidad y fundadas principalmente en la “edad”. En este sentido, la psicología del desarrollo¹⁷ puso énfasis en explicar la conducta de los niños a través de reglas que trascendieran cada caso individual y permitieran dar cuenta de los ritmos y modalidades de crecimiento de todos los niños. Este marco teórico, logró describir “lo esperable” a determinada edad cronológica.

La concepción histórica de la infancia, ha presentado transformaciones, especialmente a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada en el año 1989¹⁸, tal como será abordada en el análisis normativo de la presente.

Entonces, nos planteamos el siguiente interrogante: ¿Es posible responder a cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño (actual), habiendo modificaciones sustanciales en la concepción de la infancia, respecto de aquella bajo la cual se produjeron los lineamientos teóricos que buscaban determinar la “normalidad” en el desarrollo infantil?¹⁹

Consideramos que el desarrollo de cada niño y el proceso que realice hasta lograr el control de esfínteres, responderá a su singularidad.

17 En el apartado “El niño como sujeto de derecho” se analizará la incidencia de los aportes de la psicología del desarrollo en la constitución de la “normalidad” en la infancia.

18 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989. Aprobada por la República Argentina por Ley 23.849, sancionada el 27/09/1990 (BO 22/10/1990).

19 Si bien las discusiones teóricas acerca de la singularidad del sujeto, tuvieron sus inicios desde hace mucho tiempo. Las distintas disciplinas que estudian el desarrollo del niño, han ido reformulándose a lo largo de las últimas décadas, y continúan planteando nuevos debates.

ridad y asumirá un carácter único, dependiendo de multiplicidad de factores fisiológicos y psico-sociales. Por lo tanto, no es posible concebir una manera universal ni un tiempo válido para “todos los niños”.

Actualmente, las teorizaciones sobre las nuevas infancias, entendiendo como tales, a los modos de concebir a los niños y las posiciones que les son otorgadas por los adultos; y los nuevos y múltiples modos de transitarlas, nos enfrentan de manera permanente a replantearnos los parámetros establecidos como “normales” y a tener en cuenta la singularidad de cada sujeto. Por lo tanto, resulta necesario (desde hace ya mucho tiempo) reconocer la ineficacia del saber acabado sobre la infancia.

No obstante, retomaremos esta idea al analizar algunas cuestiones del niño como sujeto de derecho y las nuevas infancias.

2.2. Factores psicosociales. El papel de las familias en el proceso del niño

Tal como hemos planteado, el progreso en la micción y la defecación voluntaria, depende, además, de factores psico-sociales, dentro de los cuales el rol de los padres o cuidadores juega un papel decisivo. ¿Cuál es el lugar que deben ocupar los adultos desde su responsabilidad parental? ¿Pueden favorecer u obstaculizar con sus intervenciones?

Nos interesa cuestionar, qué sucede cuando los tiempos estimados no logran concretarse efectivamente. ¿Logran las familias considerar la posibilidad de otros tiempos, propios *del* niño? ¿Qué efectos se producen cuándo solo se tiene en cuenta la edad del niño para iniciarlo en el aprendizaje del control de esfínteres?

Sin dudas, una actitud positiva de los padres, de respeto y acompañamiento, que logre captar las señales que el niño brinda para iniciarse en el control de esfínteres, puede favorecer el proceso que transite. Observar la confianza de sus padres en sus propias posibilidades, colaborará en la construcción de su autoestima, y de un juicio sobre sí mismo desde una visión positiva.

Pero, existen casos en los que las familias no logran captar las señales que el niño brinda (o no) y es en este punto, en el que nos centraremos en la presente.

En aquellos en los que las familias o cuidadores, intentan que el niño deje los pañales, desatendiendo a su ritmo de desarrollo (simplemente por aproximarse a los 3 años de edad) suele suceder que el proceso se ve seriamente obstaculizado, e incluso demorado, generándose así, ciertos trastornos en el control de esfínteres del niño.

Frecuentemente, esta actitud durante el inicio, es seguida por una posición rígida y exigente, y tampoco contempla la posibilidad de “retrocesos” temporarios. Ante la extrema exigencia del adulto, el niño suele responder reforzando su actitud opositora (que aún es característica de esta etapa, aunque en menor medida), negándose a orinar en la pelela que le ofrecen los padres, produciendo la micción en cuanto lo vuelven a vestir.

Tal como planteaban L. J. Stone y J. Church, el negativismo infantil se ve reforzado ante el enojo intenso de sus padres. En el conflicto por la autonomía, el tema central entre el niño y sus padres, es el control de esfínteres. Cuando las familias quieren iniciar al niño en el control de esfínteres, y “enseñarlo” por imposición, apelando a medidas coercitivas, se produce una lucha de voluntades, que puede tener consecuencias en el desarrollo del niño.

Al generarse un clima familiar en el que priman los reproches y la desaprobación hacia aquello que el niño hace (o no), produce que este se desanime, y se genere en él la sensación de que es indigno de afecto, afectando así, la construcción de su autoestima.

De este modo, el niño muchas veces siente rechazo y, en consecuencia, el proceso de dejar los pañales comienza a verse obstaculizado. En algunos casos, esto puede provocar problemas en su salud tanto físicas (como el estreñimiento, encopresis y enuresis); como emocionales, causados por la humillación, la inseguridad y el resentimiento, generados al niño, en casos extremos.

Así, el proceso *del* niño se ve interferido por aquello que las familias consideran como lo “esperable”. Desean que sus hijos dejen los pañales, y pareciera que, sin mediar juicio alguno, imponen que a los 3 años de edad se establece la fecha límite para lograrlo. Pero, el proceso del control de esfínteres no es, en modo alguno, un aprendizaje que pueda ser “adoctrinado” y mucho menos, puede ajustarse al deseo de los adultos. Por el contrario, el proceso del control de esfínteres tal como se puede vislumbrar en la presente, responde no solo a cuestiones vinculadas con el desarrollo y la maduración, sino también, a la presencia de un entorno de crianza de afecto y estima, que pueda observar atentamente las señales que el niño manifieste, para tomar decisiones acerca de cuándo y cómo acompañarlo.

En tanto no se respete el ritmo de desarrollo del niño, su madurez psíquica y emocional y se pretenda obligarlo a dejar los pañales a determinada edad, haciéndolo mediante medidas coercitivas, se están vulnerando los derechos del niño. Su integridad física y emocional se ven afectadas por este accionar de los padres o cuidadores.

Actualmente, adquieren relevancia los aportes de la Dra. Montessori²⁰, tanto en ámbitos educativos como en modelos de crianza. Esta observó que el niño posee dentro de sí mismo, el patrón para su propio desarrollo (bio-psico-social). En su consideración, el niño se desarrolla plenamente cuando se permite que este patrón interno dirija su propio crecimiento. Es a partir de ese potencial interior, que construye su personalidad y su propio conocimiento del mundo. La familia tiene un papel determinante en el desarrollo positivo del niño y de su personalidad.

Tomando los aportes de la Dra. Montessori, el lugar de los adultos durante esta etapa debería ser de acompañamiento, observando y guiando a los niños en su propio proceso, estimulando la confianza en sí mismo y en sus posibilidades, como así también, valorando sus logros para contribuir al desarrollo de su personalidad con una mirada positiva.

Al mismo tiempo que en algunas familias se extiende el método Montessori en los modelos de crianza, coexisten otros modelos en los que emergen aspectos de una crianza arbitraria y autoritaria, que no logra contemplar la singularidad de cada niño, y que conservan de manera implícita la noción de infancia desarrollada por la modernidad.

Pero ¿por qué, para algunas familias, es esperable que los niños dejen los pañales a los 3 años? ¿Qué sucede con aquellos niños que no pueden ubicarse dentro de los parámetros delimitados para el control de esfínteres? ¿Puede cada familia decidir, de acuerdo con su modo de crianza (en tanto vida privada) cómo y cuándo su hijo debe dejar los pañales?

3. Las instituciones del Estado: el jardín de infantes. Entre el cumplimiento de La Ley de Educación Sexual Integral y los derechos del niño

La Ley 26.150²¹ establece el sentido general del Programa de Educación Sexual Integral. En el artículo 3 se plantean los lineamientos curriculares y se definen los propósitos. Estos se dirigen a: la puesta en práctica de actitudes que promuevan la solidaridad, la expresión de la afectividad, el respeto a la intimidad propia y ajena y el respeto por la vida y la integridad de sí mismo y de los otros; el progresivo reconocimiento de sus derechos y responsabilidades como niños y el de los derechos y obligaciones de los adultos;

20 La Dra. Montessori (1870-1952) desarrolló un método pedagógico integral. Las neurociencias y la psicología cognitiva confirman hoy los principios generales que lo sustentan.

21 Sancionada el 4/10/2006 y promulgada 23/10/2006.

el conocimiento y la adquisición de hábitos relacionados con el cuidado de la salud, la higiene y seguridad personal y la de los otros/as; el desarrollo y valoración de la noción del concepto de intimidad y valoración del respeto y cuidado de la intimidad propia y la de los otros; la identificación de situaciones que requieren de la ayuda de una persona adulta según pautas de respeto por la propia intimidad y la de los otros y de aquellas en las que pueden desenvolverse con autonomía; entre otros.

Encontramos en la práctica cotidiana de algunas instituciones, una contradicción tanto en el entendimiento como en la concreción de estos.

Tal como postulamos anteriormente (sin efectuar ningún tipo de generalización) existen instituciones educativas de nivel inicial que no logran garantizar los propósitos de la educación sexual integral. Por el contrario, se rigen por “normas” o “Reglamentos institucionales” que postulan reglas tales como: que, si bien los niños con pañales pueden ingresar y permanecer en sala de 3 años, ante la necesidad de ser higienizados, deberán hacerlo por sus padres o tutores, o personas autorizadas por estos.

Claramente, esto implica que, durante la jornada escolar, las familias sean convocadas para el cambio de pañales, provocando grandes perturbaciones en la rutina familiar, por tener que disponer siempre de un miembro de la familia “disponible” para acudir en dicha situación. Asimismo, provoca una gran exposición del niño, que debe permanecer sucio e incómodo hasta la llegada del adulto.

De este modo, las instituciones educativas del nivel inicial, pueden ejercer en las familias un factor de “presión” por la inminente necesidad de que el niño inicie la sala de 3 años habiendo logrado el control de esfínteres. Esto, conlleva a que estas vivencien el proceso del control de esfínteres de manera angustiante y, muchas veces, acudan a métodos coercitivos para que los niños dejen los pañales.

Tal como se expuso, al intentar aplicar “normas institucionales particulares”, se desconoce la singularidad del niño y el derecho al acceso a la educación. Al mismo tiempo se atenta contra su integridad. La educación sexual integral, implica el cuidado del propio y cuerpo y el del otro. El estar “sucio” en el jardín se contradice con los lineamientos de la ESI, tanto para el niño en cuestión como para los otros niños.

Por otro lado, destacamos que existen otras instituciones, que se adecuan a las normativas vigentes, a los lineamientos establecidos

por la Ley Nacional de Educación²² y la Ley de Educación Sexual integral, garantizando el cambio de pañales en la sala de 3 años, por personal docente, pero, en presencia de un docente que actúe como “testigo”.

De este modo, se prioriza el respeto por la integridad y la dignidad del niño, al no dejarlo sucio hasta la llegada de una persona autorizada para el aseo, y se protege al mismo tiempo su privacidad, propiciando la construcción de la noción de intimidad, pero reconociendo la importancia de aquellas situaciones que requieran de la ayuda de los adultos, hasta tanto logren el control de esfínteres y el uso de los sanitarios con cierto nivel de autonomía.

Muchas instituciones educativas de nivel inicial, orientan a las familias sobre la importancia de acompañar el proceso de control de esfínteres de los niños. En muchos casos, estas cuentan con una docente por sala, y de este modo, se ve dificultada la posibilidad de efectuar el cambio de pañales de todos los niños, de manera atenta y respetuosa (teniendo en cuenta que la matrícula promedio suele ser de aprox. 25 niños). Al mismo tiempo, existe el temor en directivos y docentes de ser objeto de falsas denuncias de violación de la intimidad o abuso, por parte de las familias, por lo que se niegan a asistir a los niños, en ausencia de otra persona que actúe como testigo.

De este modo, nuevamente se coloca al niño en el lugar de objeto, dejándolo sucio y exponiéndolo en el ámbito de la vida escolar. Se atenta así, contra su integridad física, psíquica y moral.

Existen otras diferencias en el abordaje del tema, en tanto se trate de jardines maternos (en los que los cuidados del bebé son casi exclusivamente de contacto), o jardines que inician la escolaridad en sala de 3 años. En este último supuesto, resulta más complejo, construir vínculos afectivos y de confianza, al mismo tiempo que se acompaña el control de esfínteres (debido a la relación matrícula/personal docente).

¿Se subsanaría el problema, con una auxiliar de sala en todos los jardines de infantes, que pudieran dedicarse al cambio de pañales?

4. El niño como sujeto de derecho. Las nuevas infancias

Nos proponemos ahora, reflexionar acerca de cómo la descripción del desarrollo del niño, ese conocimiento acabado de cada etapa de su vida, en lugar de actuar como una herramienta para la intervención y la promoción de la salud, a lo largo de las décadas ha sido

22 Ley 26.206. Sancionada el 14 /12/2006. Promulgada 27/12/2006.

utilizado como un marco que definiera lo que el niño *es* y *debe ser* a cada edad.

El conocimiento sobre la naturaleza infantil, como objeto científico, permitió fijar los parámetros de desarrollo físico, psicológico, moral y cultural válidos para todos los niños. Es decir, que al mismo tiempo que describe, prescribe la orientación del desarrollo “normal”, que será tomado como punto de referencia tanto en el ámbito público (la escuela) como privado. De este modo se construyó una visión monopólica y universal de la infancia, determinando qué es la infancia “normal” y orientando las pautas de educación y crianza dirigidas a ella (diferenciadas de las que son dirigidas a los desvíos). La edad se convirtió en la principal herramienta sobre la cual se definen los ritmos y la orientación del desarrollo infantil y funcionó como un organizador. (Gabriela Diker “¿Qué hay de nuevo en las nuevas infancias?”)

En la actualidad, está vigente la discusión de esta visión única de la infancia registrada desde los enfoques de la psicología, la sociología y la pedagogía. Del mismo modo, son reconocidas y aceptadas diversas prácticas culturales de crianza. A pesar del cambio en los modos de concebir la infancia, y cómo el niño es y puede ser, persisten en las sociedades, concepciones con rasgos del tipo de subjetividad infantil de la modernidad: la incompletud, la debilidad, la inocencia.

Muchos son los autores que plantean que la definición del niño como sujeto de derecho, está introduciendo modificaciones significativas en la concepción moderna de la infancia. Diker dirá: “Así, cuestiones como ciudadanía infantil, la responsabilidad, el derecho a elegir, a ser escuchado, etc., tensionan los atributos asignados por la modernidad a la infancia y conmueven el lugar de los adultos, de las políticas de protección de la infancia y de las instituciones que, muchas veces en nombre del respeto a los derechos del niño, instituyen simetrías, dejan lugares vacíos e invierten la distribución de responsabilidades que la concepción moderna había fijado”.

Mientras tanto en los modelos de crianza actuales, se presentan las dos perspectivas a la vez que en unos el niño es maleable, y heterónomo, y el adulto es el responsable de educarlo (en tanto el niño es un ser incompleto, carente), en otros, se expresa la pérdida de asimetría y se debilita la división entre el niño y el adulto, y los lugares y responsabilidades otorgados a cada uno quedan “desdibujados”. Entre estas dos posturas, se registran un sinnúmero de posibilidades en las que los adultos ejercen el rol parental, alternando entre unas y otras.

5. Normativa comprendida

La Constitución Nacional en el artículo 75 Inc. 22, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, integrando el llamado bloque de constitucionalidad, implicando un cambio en materia de políticas de protección a la infancia y adolescencia, en virtud del reconocimiento y respeto de sus derechos y garantías.

La Convención sobre los Derechos del Niño²³ significó un cambio de paradigma en los conceptos de niñez y adolescencia a nivel mundial, dejando de lado el enfoque asistencialista, donde el menor era considerado un objeto de protección, con dependencia absoluta de sus padres, y dando paso a un nuevo enfoque de protección integral, donde el niño es considerado un sujeto de derecho.

La consideración del niño como sujeto de derecho, implica que se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades. A medida que el niño va madurando, los padres o sus representantes legales lo acompañaran, para que logre ejercerlos por sí mismo.

En los considerandos de la Convención, se establece que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, y que los niños deben crecer en un ambiente de felicidad y amor y requieren protección especial, considerando a la familia como grupo fundamental social.

El cambio de paradigma de la Convención, se sustenta en tres principios: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho de este a ser oído

Respecto del principio denominado interés superior del niño, supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos y refiere a esta protección integral y simultánea del desarrollo, fundándose en la dignidad misma del ser humano.

A los efectos de lograr una correcta aplicación del principio en cualquier situación que se trate, es necesario que se tengan en cuenta todos los derechos que se encuentran afectados, como asimismo de aquellos que potencialmente podría afectarse, al momento de tomar alguna resolución.

Y ello es aplicable, tanto en las decisiones que se deben tomar desde el Estado, las instituciones educativas o las familias.

23 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989. Aprobada por la República Argentina por Ley 23.849, sancionada el 27/09/1990 (BO 22/10/1990).

Por su parte, del artículo 5 de la CDN²⁴, se desprende el principio de la autonomía progresiva, que establece que la autonomía del niño es progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades.

De este modo, los padres o a la persona que esté a cargo del niño, debe acompañar e impartir la dirección necesaria, para que pueda ejercer sus derechos, hasta que adquiera la capacidad de ejercerlos por sí mismo, sin determinar una edad específica.

Fue a partir de la Convención de los Derechos del Niño, que los Estados iniciaron un proceso de adecuación de su legislación, a los efectos de incorporar los principios que contiene.

En este sentido, la Argentina en el año 2005 sancionó la ley N° 26.061²⁵, denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, con el objeto de promover acciones positivas, tendientes a asegurar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales.

Esta es un pilar fundamental, porque entre sus artículos establece el derecho a la vida²⁶, a la dignidad y a la integridad personal, como, asimismo, el derecho a tener una vida privada y de intimidad dentro de su familia.

Respecto a la dignidad, el artículo 9 en el primer párrafo establece: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio...”.

El segundo párrafo del mismo artículo, refiere que tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

Por su parte, el artículo 10 establece el derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.

Asimismo, de acuerdo con el texto de la Ley y a su Decreto Reglamentario Dto. 415/06 (17/04/2006), que se condicen con lo establecido en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (Art. 75 Inc. 22 CN), es el Estado quien debe garantizar el cumplimiento de los Derechos del Niño.

24 Convención de los Derechos del Niño, *Artículo 5: 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 su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

25 Sancionada 28/09/2005. Promulgada 21/10/2005.

26 Artículo 8° — DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

El concepto de niño como sujeto de derecho, ha sido también receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación²⁷, que en comparación al Código de Vélez Sarsfield, efectuó una trascendental reforma respecto de la denominación y alcance de la relación de padres e hijos.

Se reemplaza la expresión de patria potestad, por la de responsabilidad parental, dando cuenta a los cambios producidos a nivel familiar.

En los fundamentos de la Reforma, se especifica que el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, y por ello devino necesario reemplazar la palabra potestad que refiere a la idea de dependencia absoluta del niño, dentro de una estructura familiar jerárquica, por el vocablo a responsabilidad, que implica el ejercicio de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente.

Específicamente, en cuanto a la Responsabilidad Parental, establece que esta es: "... el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado..."²⁸

Los principios que rigen la responsabilidad parental, se encuentra enumerados en el art. 639: el interés superior del niño; la autonomía progresiva (conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo) y el derecho de ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (según edad y madurez).

Asimismo, el art. 646 enumera los deberes de los progenitores, entre los que destacamos el deber de cuidar al hijo, convivir con él y educarlo; y el deber de considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo.

En cuanto a las reglas generales de los deberes y derechos de los progenitores, el art. 647, prohíbe los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.

Todo el plexo normativo analizado en el presente, como, asimismo, la Ley de Educación Nacional N° 26.206 y la Ley de Educación Sexual Integral N° 26.150, analizadas previamente, da cuenta del compromiso asumido, respecto al respeto del niño como sujeto de derecho, y a la protección integral de todos sus derechos.

27 Ley N° 26.994. Publicado el 8/10/2014.

28 CCCN, Artículo 638.

6. Reflexiones finales

Del presente trabajo interdisciplinario se concluye que los Derechos Humanos del Niño, aún se encuentran en pañales, dado que muchos niños y niñas encuentran sus derechos vulnerados, desde muy temprana edad.

La definición del niño como sujeto de derecho, instalada a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (y receptada posteriormente por nuestro ordenamiento jurídico interno), modificó el modo en que este se hace presente en el territorio público, y en consecuencia, el lugar que debe ocupar el Estado para garantizar su protección.

En este orden de análisis, se observa una insuficiencia del Estado para brindar recursos, que armonicen el pleno cumplimiento de la Ley de Educación Sexual Integral en las instituciones educativas de nivel inicial, garantizando al mismo tiempo los derechos a la dignidad y cuidados del niño, minimizando los riesgos y exposición del personal docente, frente a posibles denuncias y/o acusaciones.

Como consecuencia de la nueva definición de la infancia, indefectiblemente también se modificó el lugar que ocupan los adultos. Este nuevo paradigma trae aparejada, la necesidad de construir modelos de crianza respetuosos con los derechos del niño, dado que *la integridad del niño no puede quedar exclusivamente a criterio de cada familia.*

Tal como postula la *teoría del desarrollo moral infantil* de Jean Piaget, el niño, entre los 2 y 6 años, construye una escala permanente de valores, a partir de sus éxitos y fracasos. Así, desprende un juicio sobre sí mismo, al que es conducido el sujeto paulatinamente y que puede tener grandes repercusiones en todo el desarrollo.

Como colorario: "... Para el niño, tal como ha demostrado Bovey, el respeto es el origen de los sentimientos morales. Basta con que los seres respetados den órdenes o, consignas a los que les respetan para que estas sean interpretadas como obligatorias, engendrando de esta forma el sentido del deber. La primera moral del niño es la de la obediencia y el primer criterio del bien es, durante mucho tiempo, para los pequeños, la voluntad de los padres". (Piaget, Jean. Seis estudios de Psicología)

7. Referencias bibliográficas

Brailovsky, Daniel. "Nuevas infancias y nuevas preguntas" VII Jornadas de Desarrollo Profesional "Nuevos escenarios educativos: la enseñanza desde la creatividad y la diversidad, infancias actuales", Puerto Madryn,

mayo 2017, organizadas por Educa Inicial Madryn. https://youtu.be/T_cClVapze

- Diker, Gabriela. ¿Qué hay de nuevo en las nuevas infancias?, Los Polvorines: Univ. Nacional de General Sarmiento; Buenos Aires: Biblioteca Nacional, 2009.
- Freud, Sigmund. “Tres ensayos sobre una teoría sexual” (1905) en: *Obras Completas*, Vol. II, Buenos Aires, Amorrortu, 1979.
- Medina, Graciela, “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación” (Publicado en: DFyP 2014, 03/11/2014, 15 Cita Online: AR/DOC/3797/2014)
- Osterrieth, P. “Psicología infantil. Introducción a la psicología infantil. (De la “edad bebé” a la madurez infantil) Decimoquinta edición de la octava francesa corregida y aumentada. Ediciones Morata, S, L. (1999)
- Piaget, Jean. Seis estudios de Psicología, Barcelona, Editorial Labor, 1991. Título de la obra original: SIX ETUDES DE PSYCHOLOCHE.
- Stone, J. Church, J., *Niñez y adolescencia*, Buenos Aires, Ediciones Hormé, 1982.
- Ministerio de Educación de la Nación. Consejo Federal de Educación (2008) “Lineamientos Curriculares para la educación sexual integral. Programa Nacional de Educación Sexual integral. Ley Nacional 26.150” Buenos Aires, Argentina.

7.1. Referencias normativas

- Constitución Nacional
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley 24.195. Ley Federal de Educación.
- Ley 26.061. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Ley 26.150 de Educación Sexual Integral.
- Decreto Reglamentario 415/2006.

7.2. Páginas web:

<http://www.unicef.org>

Acceso a la educación de NNyA en situación de calle. El caso del Centro Educativo Isaura Arancibia

Carla Gutiérrez²⁹

1. Introducción

En el sur de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha desarrollado una experiencia educativa, que frente a una compleja realidad que se les impuso, creció en torno a las necesidades de NNyA en situación de calle. A saber, en esta ciudad –así como en todas las grandes ciudades del mundo– se encuentran en situación de calle NNyA que no tuvieron ningún trayecto educativo o lo han abandonado.

Según estadísticas del censo no oficial llevado a cabo por organizaciones sociales³⁰, existen 7251 personas en condición de calle y en riesgo de situación de calle³¹, de las cuales 1981 duermen en paradores u otros establecimientos para personas sin techo y 5412 viven a la intemperie. De este último universo 16 % son niños y niñas.

Destacamos que Unicef distingue entre los términos “Niños en la calle” y “Niños de la calle”. El primero es un universo que abarca a los niños que mantienen relaciones cercanas con sus familias, aunque trabajan en la calle sienten que tienen un hogar. En cambio, el segundo término se refiere a los niños que trabajan, viven, hacen amistades en la calle, y no vuelven a su hogar porque sus vínculos familiares están rotos o simplemente no los tienen, fueron abandonados o se fueron de él (De Singlau:2015). A pesar de esta distinción,

29 Estudiante de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Becaria Consejo Interuniversitario Nacional (CIN), Lora, Laura N. (dir.).

30 Se trata del Segundo Censo Popular de Personas en Situación de Calle (CPPSC). Realizado por más de 50 organizaciones sociales junto a la Defensoría del Pueblo de CABA. Puede consultarse en https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/censo_personas_en_situacion_de_calle.pdf

31 Ambos términos son definidos en la ley PROTECCIÓN Y GARANTÍA INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE Y EN RIESGO A LA SITUACIÓN DE CALLE (Ley n° 3706/2010, CABA, reglamentada por el Decreto N° 310/013 del 25/07/2013).

hablaremos de NNyA en situación de calle para referirnos en su totalidad.

A propósito de esta realidad ha surgido el interrogante sobre la presencia estable de estos NNyA en el sistema educativo y se ha dado con una experiencia que combina ductilidad con enseñanza para contribuir a su desarrollo.

La experiencia mencionada se refiere al Centro Educativo Isauro Arancibia (CEIA), un espacio educativo que comenzó a gestarse hace veinte años en la zona sur de la Ciudad y permite el acceso a la educación en un medio donde se contemplan las necesidades y barreras que atraviesan los alumnos.

Entre las innumerables faltas, carencias y variedad de problemáticas en los grupos en situación de calle, en los casos de NNyA, es más grave. De por sí, los NNyA son un grupo en situación de vulnerabilidad por su edad. A ello, se suman situaciones de violencia, exposición constante a los peligros, falta de alimentación, deficiencias en su salud, ausencia de adultos referentes, entre muchas otras problemáticas el acceso y permanencia en una institución escolar.

En esta ponencia daremos trazos generales respecto al proyecto educativo del CEIA.

Avanzamos desde la hipótesis de que CEIA recibe y apoya la educación de una población particular, NNyA en situación de calle. Esta actividad es parcialmente reconocida por el GCBA pero en su totalidad se ignora la globalidad del proyecto del CEIA afectando el normal funcionamiento como escuela y el derecho de los NNyA que concurren a ella.

Se utilizará una metodología cualitativa, y la recolección de datos se realizará mediante una entrevista semi estructurada a un informante clave, análisis de documentos y revisión bibliográfica.

2. Marco normativo

La educación es un elemento invaluable de toda sociedad, ya que permite la distribución del conocimiento y contribuye a la constitución del ciudadano. En nuestro sistema normativo contamos con varios instrumentos que respaldan el derecho a la educación, así nuestra Constitución Nacional establece que el Congreso dictará una ley de educación para la *promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*.³² Asimismo, en el Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (1986) dice *debe orientarse hacia el pleno de-*

32 Art. 75.19 Constitución Nacional.

*sarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. y que también debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las Naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos;*³³ la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) establece que los Estados parte reconocen el derecho a la educación en condiciones de igualdad y, entre otros objetivos, estará encaminada a *desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.*³⁴ Además en la Observación N°1 del Comité de los derechos del niño añade que la educación no termina con el acceso sino que debe proyectarse en el resto de su vida proveyendo la *preparación fundamental para la vida activa y por qué ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino. Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales.*

En normativa nacional la Ley Nacional de Educación (2006) la menciona como un *bien público y un derecho personal y social garantizados por el Estado, y como una prioridad nacional.*³⁵ Tal es así su importancia que se establece la obligatoriedad de la Educación Primaria y Secundaria. Asimismo la Ley de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2005) expresa que tienen derecho a la educación y que debe atender a su *desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación... el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad...*³⁶

Por último la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que *reconoce y garantiza un siste-*

33 Art. 13.

34 Art. 28 y 29.

35 Art. 2 y 3.

36 Art 15.

*ma educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática. También que asegura la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo.*³⁷

3. Marco teórico

La educación primera es aquella que se desarrolla en el ámbito familiar en las primeras etapas de vida. Los niños incorporan un aprendizaje inculcado específicamente a través de las prácticas. En esta etapa incorporan “inclinaciones”, “máximas”, “principios”, “preferencias”, y adquieren el modo de vida y la cultura del ambiente. Sobre esta educación primera se asienta la educación básica o escolar. En esta se ponen en juego recursos especializados, se imparten contenidos racionalmente y se aprenden las capacidades básicas de comunicación. (Tenti Fanfani: 1993)

Partimos de la una escuela básica donde se imparten los saberes necesarios para que los sujetos del proceso pedagógico se constituyan como ciudadanos y puedan captar por sí mismos “el capital cultural acumulado por una sociedad” (Tenti Fanfani: 1993)

La experiencia del CEIA podría encontrarse entre la educación pública y la educación popular. Siguiendo a Rubinsztain y Lea Blaustein: “La Educación Popular se ha caracterizado por un núcleo de elementos comunes, reinterpretados según los contextos locales y los momentos históricos, entre los que se destacan según Torres Carrillo *i. una lectura crítica del orden social vigente y un cuestionamiento al papel integrador que ha jugado allí la educación formal, ii. Una intencionalidad política emancipadora frente al orden social imperante, iii. El propósito de contribuir al fortalecimiento de los sectores dominados como sujeto histórico, capaz de protagonizar el cambio social, iv. Una convicción que desde la educación es posible contribuir al logro de esa intencionalidad, actuando sobre la subjetividad popular; v. un afán por generar y emplear metodologías educativas dialógicas, participativas y activas*”.

En relación con las personas en situación de calle existen diferentes programas que se relacionan en responder a la inmediatez de situación de emergencia de alimentación o vivienda a través de subsidios a la vivienda, paradores, hospedajes, comedores, etc. Relacionado con la educación también existe un programa pero este no puede ser entendido como una política pública. Siendo que política

37 Art 23.

pública puede definirse como las medidas que implementa el Estado, ejecutadas con el fin de resolver una determinada cuestión que se encuentra en la agenda pública. Para ello toma los recursos y los combina de manera de la manera que considera conveniente para solucionar la cuestión. (Oszlak: 2011)

4. Breve nota sobre el comienzo y trayectoria del CEIA hasta la actualidad

En la década del 90 ya se vislumbra las consecuencias de la aplicación de las políticas privatizadoras del Estado, entre ellas desocupación, aumento del trabajo precario, caída de la clase media y pobreza. El comienzo del Centro Educativo Isauro Arancibia (CEIA) aconteció en ese contexto, en 1998, cuando la Central de Trabajadores Argentinos solicitó un centro educativo, para los adultos que no habían terminado el nivel escolar pertenecientes a las agrupaciones de la Asociación Mujeres Meretrices de la Argentina y del Movimiento de Ocupantes e Inquilinos. La encargada de la actividad es la maestra Susana Reyes, que anteriormente había trabajado con personas en situación de calle y desarrolló la tarea en un espacio que consistía en un cuarto sin ventanas y una biblioteca. En el transcurso de las clases comenzaron a concurrir personas de la cercanía que se enteraron de la actividad mediante el “boca a boca”—que luego seguirá siendo el principal medio por el cual los alumnos tomarían conocimiento del CEIA. Posteriormente se sumaron NNyA en situación de calle que vivían cerca de la estación de Constitución.

A un año del comienzo del CEIA, se agregó un maestro a la propuesta y en el año 2001 el CEIA se articula con el programa Puentes Escolares.³⁸ Este programa del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, toma conocimiento a través de su transitar en las calles las referencias al Isauro Arancibia —en ese momento ya contaban con 20 alumnos— y sumó a los docentes, una trabajadora social, un auxiliar docente y un psicólogo. Además el CEIA se articuló con programas de la Facultad de Ciencias Sociales y por medio de la Fundación Servicio Paz y Justicia ofreció un taller de circo a sus estudiantes.

A partir de la observación de padres que iban a clases con sus niños pequeños, los docentes decidieron abrir un nuevo espacio. Así iniciaron el jardín de infantes “Jardín del Puente”, creado en el año 2002.

En el año 2006 dado el crecimiento en la cantidad de estudiantes y con un espacio que les quedaba reducido, se mudaron a un

38 Es un programa del Ministerio de Educación de la CABA, que genera lazos entre los niños de la calle y la escuela.

espacio cedido por Movimiento de Ocupantes e Inquilinos. Este contaba con dos aulas y una sala de profesores. Con la idea de agrandar la brecha horaria, el cuerpo docente solicitó nuevos programas, pues los NNyA pasaban más tiempo en el CEIA.

Se destaca que los traslados de sede y los reacomodamientos no disminuyeron la cantidad de alumnos, que lejos de abandonar, continuaron asistiendo a las clases, mientras aumentaba año tras año el número.

Dado el continuo crecimiento, la insuficiencia del espacio –que por cierto era inadecuado para llevar adelante tareas pedagógicas– en el año 2007 el CEIA se muda nuevamente. Esta vez a un Centro de Formación Profesional. Aquí cuentan con más aulas, un comedor, y a través de dos propuestas del GCBA: Educación y Trabajo y el de Diversificación Curricular Área Educación de Adultos, se agregaron más horas a la jornada. Además se incorpora el Grado de Nivelación³⁹ para niños entre 6 y 13 años; con ello buscaron responder a la situación del alumnado que venían con sus hermanitos a la escuela, logrando la formalidad de su posición.

En pos de otorgar un respaldo al CEIA, un grupo mayoritario del cuerpo docente, creó en el año 2008, la Asociación Civil Isauro Arancibia. Simultáneamente, comenzaron a solicitar un edificio propio para dar estabilidad a todo el CEIA y que se adecue a las condiciones necesarias y dignas para llevar adelante la tarea pedagógica. Luego de los pedidos al GCBA, el año 2011 se efectivizó la entrega de una planta del edificio ubicado en Paseo Colón 1328. Este nuevo espacio contaba con tres aulas, una biblioteca, una sala de computación, un salón comedor, un aula para entrevistas y otra para los talleres de contraturno, más baños y un aula para el jardín de infantes con baño propio y sala de maestros. Pero por deficiencias del edificio, refacciones atrasadas, y los incumplimientos del GCBA, el CEIA volvió a mudarse en el año 2018. Este nuevo edificio cedido por el GCBA está ubicado en Av. Paseo Colón 1318, anterior sede del Indec.

Actualmente el CEIA, cuenta con alrededor de 300 alumnos y 40 miembros en su cuerpo docente. Respecto al horario, se ha extiende de 9 a 16 h. El jardín maternal tiene dos salas: bebés de 45 días a 1 año y la sala Multiedad, hasta 3 años.

El Centro Educativo de Nivel Secundario (Cens) comenzó con el Plan Fines hace tres años y ahora continúa con un convenio con la Universidad de Avellaneda (UNDAV).

39 Programa que permite nivelar a alumnos de edad menor a 14 años.

Hace cuatro años, se creó el CIS, Centro de Integración Social Milagro Sala, que fue pensado como una casa para los estudiantes del CEIA. Es un dispositivo de alojamiento que solo acepta adultos y es mixto.

5. Algunas notas sobre las problemáticas sociales de los estudiantes y estrategias pedagógicas

La trayectoria educativa de los NNyA en situación de calle suele ser nula en algunos casos, inestable, conflictiva e inconclusa en otros. Se encuentran en situaciones complejas, de adicción, sin ningún tipo de ingreso económico, sin controles respecto a su salud, en situaciones judicializadas, etc.

El alumnado del CEIA está compuesto por una mayoría de NNyA y de personas adultas. Los estudiantes tienen su lugar de origen en el conurbano bonaerense y en zonas de CABA. Pueden alojarse en las estaciones de tren de Retiro, Once, Constitución, en hogares de familiares, en el CIS, en dispositivos del GCBA como paradores, hogares, entre otros. También pueden vivir con grupos de a pares en las calles en juntadas o “ranchadas”.⁴⁰

Es considerable remarcar que la mayoría de los NNyA no reciben el cuidado de un adulto de referencia que pueda acompañarlos y alentarlos en su desarrollo educativo. Esto es advertido por las docentes que al respecto manifestaron, *partimos de un cambio de mirada hacia la situación de nuestros/as alumnos/as: no estaban solos/as, debíamos encontrar un adulto referente que acompañara la escolaridad de los/as chicos/as (mamás, papás, hermanos, abuelos, operadores, trabajadores de otras instituciones, personas de la comunidad, vecinos, alguien que les dijera: “tenés que ir a la escuela”*. (Dosso: 2013)

Al momento del ingreso de un nuevo estudiante, para evaluar el nivel educativo y poder destinarlo a uno de los ciclos en que ingresará, un miembro del cuerpo docente realiza una entrevista que identifican como “bienvenida”. En ella se busca conocer al futuro estudiante y su actividad escolar anterior, con el fin de destinarlo al ciclo que se adecue a sus conocimientos.

El cuerpo docente en su transitar reconoció la discontinuidad como algo que se repetía en los alumnos y diseñaron una lógica que les permitiera generar puntos de anclaje que serán atravesados: *creo que la escuela es lo continuo; que abre la posibilidad de contar, contarse, narrarse. Sostenemos prácticas escolares: anotar los pre-*

40 Término autodenominado relacionado con grupos estables de personas en las calle.

sententes y los ausentes, preguntar quién faltó hoy, mirar la carpeta del último día que vino, inaugurar el cuaderno con cada uno, anotando sus objetivos para el año y sentarnos con ellos a revisarlo a lo largo del ciclo lectivo. Cuando los hacemos escribir porque se mandaron una, en general los pibes hacen un poco de historia en relación con la escuela. Actualmente muchos llaman para avisar que no vienen o que llegan tarde.

Esas cosas que nos ayudan a hacer puntos de anclaje, a tender un hilo que enhebra esas discontinuidades. El mensaje que queremos transmitir a los pibes es “vos estás acá todos los días, aunque no vengas”. Los pibes son siempre alumnos de la escuela. (Reyes)

Los valores de respeto hacia el alumno, es fundamental para el aprendizaje, sumado a los lazos de confianza y respeto por la escuela, mediante pequeños acuerdos con sus alumnos.

Relacionando un aspecto de la realidad de los alumnos con la visión a futuro que pretende el CEIA una docente entrevistada manifiesta *una de las cuestiones nodales de lo que es el Isauro y del trabajo con los pibes/as es obviamente, esto de estudiar y de la importancia de poder terminar un primario, un secundario. Eso, se engloba en lo que nosotros llamamos Proyecto de Vida. La problemática de situación de calle tiene que ver mucho con la inmediatez con el vivir día a día, no hay una proyección a largo plazo, hay que sobrevivir porque tenés que comer de donde sea, y porque tenés que conseguirte los recursos vos y es el “hoy” digamos. Una de las cosas de los pibes/as es “y no sé mañana, que se yo” ... el Proyecto de Vida tiene que ver con esto, una proyección mucho más a largo plazo porque la verdad estar en calle es complejo y muchas veces tiene que ver con la sobrevivencia. Justamente una de las cosas de la continuidad, del asistir y de armar una rutina...al estar en calle qué te motiva a levantarte, qué te motiva a que en algún horario hagas alguna actividad, es medio lo mismo, entonces yo creo que una de las cosas que va marcando la escuela en un principio.*

El cuerpo docente genera reuniones de trabajadores todos los viernes, para compartir y evaluar seguimientos y pensar estrategias.

Una docente resume las bases del CEIA, *los pilares que sostienen esta construcción colectiva desde hace 16 años son: trabajar en pareja pedagógica, un equipo interdisciplinario de profesionales y operadores, el trabajo en red con otros organismos y organizaciones y reunión semanal de equipo de trabajo (Dosso, 2013).*

6. Cuestiones relacionadas con su encuadre normativo: formalizar la jornada extendida

El CEIA comenzó en 1998 y se conformó a partir de la normativa de Centro Educativo de Nivel Primario.

El Centro Educativo de Nivel Primario (CENP) es una de las propuestas de educación del GCBA para adultos que no finalizaron la primaria. A esta oferta se agrega la Escuela Primaria de Adultos (EPA) y el Programa de Alfabetización Educación Básica y Trabajo (PAEByT). Todas las propuestas mencionadas se orientan a mayores de 14 años.

En el caso de los CENP funcionan en turnos diurnos. Tiene una duración de 2 horas, los cinco días de la semana y cuentan con un docente. Surge a partir del pedido de instituciones y se aloja en los espacios cedidos por ellas: comedores comunitarios, sedes gremiales, instituciones religiosas, organizaciones barriales, sedes gremiales y centro de jubilados. Los CENP no tienen director, sino una supervisión central.

Como nombramos anteriormente, desde sus comienzos el CEIA se constituyó como un centro educativo de nivel primario para Adultos, y se agregaron propuestas a partir de la demanda de los NNyA. Conformándose, finalmente una jornada de siete horas, de lunes a viernes, con comedor escolar para el desayuno, almuerzo y merienda; y con un Centro de Atención Infantil⁴¹ los días sábados.

A la propuesta inicial de CENP se agrega: el jardín de infantes, el Grado de Nivelación (que formaliza la presencia de menores de 14 años); talleres provenientes de la Educación No Formal⁴² (actualmente llevan adelante 23 proyectos que funcionan a contraturno de arte, oficio y comunicación: Armado de bicicletas; taller de Revista; taller de Corte Masculino y Barbería; Corte y Confección; Costura Básica; taller de juguetes; Serigrafía) De los talleres de la Educación No formal se desprenden emprendimientos productivos de economía social. Entre ellos: el Proyecto de Reciclado de Bicicletas y de Fileteado⁴³, Proyecto Productivo de Gastronomía y Panadería Artesanal; Proyecto de Ecobolsas; el Proyecto Productivo de Peluquería,

41 Programa CAI es un lugar para la infancia que busca potenciar el enriquecimiento de la experiencia cultural. En estos espacios se elaboran e implementan proyectos socioeducativos que brindan a las trayectorias escolares de los niños el apoyo de los maestros comunitarios

42 Programa Centros de Educación No Formal de la CABA.

43 Financiado por el Ministerio de Seguridad y Derechos Humanos de la Nación pero gestionado por la Asociación Civil Isauro Arancibia.

y el Proyecto Productivo de Revista del Isauro denominada *La realidad sin chamuyo*.

El cuerpo docente proviene de distintos programas del GCBA y del Ministerio de Educación del GCBA. Y si bien cada una de las propuestas está formalizada, en sí, el cuerpo docente se integran en un proyecto integrador propio que se formó a lo largo del trayecto del CEIA, en palabras de la docente entrevistada *tiene complejidad, pero lo que tiene el Isauro es la formación de un proyecto Integral, hay cuestiones que más allá del programa que cada uno pertenece formalmente todos somos parte del proyecto integral del Isauro. El proyecto es lo que se fue armando... ”*.

El CEIA en su globalidad no tiene normativa que lo legitime. Es decir que no tiene en su conjunto una norma legal que dé formalidad y protección al proyecto.

Entendemos, que la falta de encuadre normativo afecta a la comunidad educativa del CEIA y mantiene al proyecto en una inestabilidad que se traduce en acciones del Estado que ponen en peligro la continuidad y los derechos de los estudiantes, así como del cuerpo docente. Como algunas de las cuestiones más sobresalientes, referidas a la situación edilicia y la inestabilidad jurídica del CEIA puede nombrarse la medida de amparo interpuesta en el año 2014 para frenar las obras del GCBA que amenazaban demoler el edificio con el fin de realizar el trazado del nuevo metrobús Paseo Colón. La directiva del GCBA, no había sido comunicada previamente al CEIA, ni se le había puesto a disposición otro espacio acorde.⁴⁴

Luego en el año 2019, desde el CEIA denunciaron públicamente que el Ministerio de Educación nombró un interventor a los fines de realizar cambios en su conformación. A esto se sumó, el intento de cambiar el jardín de infantes a la planta de un ministerio, a lo que miembros del CEIA se opusieron, manifestando que dejaría de ser un jardín para sus propios alumnos. Por último en este breve repaso, el año pasado la Defensoría del Pueblo acompañó un nuevo reclamo por inundaciones en parte del edificio.⁴⁵

44 Este tramitó en el Juzgado N° 6 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, de la jueza Patricia López Vergara. Posteriormente se interpuso otro amparo referido a las mismas cuestiones que tramitó en Juzgado N° 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, precedido por el juez Andrés Gallardo.

45 Disponible en <http://www.defensoria.org.ar/noticias/la-defensoria-acompano-el-reclamo-del-centro-educativo-isauro-arancia/> última consulta el día 15 de mayo.

7. Conclusión

Desde sus comienzos el CEIA ha centralizado las propuestas ofrecidas por el Estado y por agentes de la sociedad (colaboración de organizaciones no gubernamentales, universidades) ajustándolas y utilizando las propuestas educativas disponibles con el fin de responder a la demanda de sus estudiantes.

El proyecto actual del CEIA que dista enormemente de lo que fue en su creación, no se encuadra en ninguna de las propuestas de educación para adultos, y mucho menos en situación de calle. El funcionamiento del CEIA es prácticamente el de una escuela, pero carece de este reconocimiento.

La hipótesis propuesta es confirmada, pues la falta de normativa que reconozca el CEIA, con todas las características que lo identifican en la realidad, definitivamente afecta el derecho de los NNyA en situación de calle que transitan sus aulas, de acceder a la educación, en iguales condiciones, sin discriminación y que contribuya a su desarrollo en un espacio educativo acorde a sus necesidades.

Varias dudas se fueron desarrollando a medida que avanzaba este trabajo: ¿qué educación ofrecemos para NNyA que viven en la calle?, ¿el contenido del currículum puede ayudarlos a crear los proyectos de vida que ellos desean?, ¿el modelo del CEIA se podrá replicar en otros espacios territoriales? ¿Qué aspectos positivos y negativos pueden ser trabajados para replicar el modelo? ¿los alumnos que transitan las aulas del CEIA podrían sostener la escolaridad en otra escuela? Al no ser reconocida como escuela los estudiantes no pueden acceder a becas de estudio, ¿esto los coloca en una situación de discriminación respecto a otros estudiantes?, ¿cuándo y cómo se plantean instancias de diálogos con los NNyA que concurren al CEIA?, ¿cuándo el Estado dialoga con los NNyA en situación de calle para saber que piensan y qué les interesa, sus dificultades y logros relacionados con el CEIA?, ¿hay políticas públicas en la Ciudad destinadas a la educación de NNyA que no transitan la escuela formal? Para terminar es sumamente interesante saber que les interesa a estos jóvenes y cómo llevan adelante su trayectoria educativa. Esta con las cuestiones mencionadas antes puede sumarse a nuevos interrogantes a contemplar para futuros proyectos de estudio y aportes sobre el tema.

8. Bibliografía

Capella, María Elia (2018) “La lucha por existir, perdurar y crecer. El caso del Centro Educativo Isauro Arancibia”. *Revista del Sindicato de Trabajado-*

- res Judiciales de la Ciudad*, Edición N°01, (2018) 43-46 disponible en <http://sitraju-caba.org.ar/revista-pensardecirhacer01.pdf>
- Construcciones hospitalarias Centro Educativo “Isauro Arancibia” (2012). *Revista del Hospital de Niños Buenos Aires*, Vol. 54, número 245 (2012).
- Costas, Paula; Lucía Silva Beveraggi; María Cecilia Sleiman (2007). Educación Pública y Educación Popular. Experiencias Autogestivas en el Marco de la Educación Formal. VII Jornadas de Sociología, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- De la Cruz Flores, Gabriela. (2017) Igualdad y equidad en educación: retos para una América Latina en transición. Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación- Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 26 nro. 51 (2017) Disponible en línea http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1019-94032017000200008
- De Singlau, Federico Alejandro (2015) ¿Niños, niñas y adolescentes «de la calle», «en la calle», o «en situación de calle»? Una aproximación conceptual. Cuadernos Universitarios. Publicaciones Académicas de la Universidad Católica de Salta, vol. 8, (2015) 51-62. Disponible en línea http://bibliotecas.ucasal.edu.ar/opac_css/doc_num.php?explnum_id=532
- Dosso, Mariana Paula. Variaciones de la forma escolar: Centro Educativo Isauro Arancibia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2013). Educación primaria para jóvenes y adultos en la Ciudad de Buenos Aires 2005-2015 (2017) Aproximaciones macro políticas y micro institucionales. Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Gociol, Judith (2008). “De la calle a la escuela”. *Revista del Ministerio de Educación de la Nación. El monitor de la educación*, N°18, (2008) 10-14.
- Heras, Ana Inés y Miano, Amalia (2017). Educación, auto-organización y territorio. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, XXII 533-564.
- Ley 26.061 (2005) Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley 26.206 (2006) Ley de Educación Nacional.
- Ley 3706 (2010) Ley de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Niños y niñas en América Latina y el Caribe Panorama 2019. (2019) Unicef. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/ni%C3%B1os-y-ni%C3%B1as-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe>
- Oszlak, Oscar (2011) “Información y Políticas Urbanas”. *Revista Debate*, Año 8, número 14 (2011) disponible en <http://www.oscaroszlak.org.ar/imagenes/articulos-espanol/Info%20y%20pol.%20urb..pdf>
- Pagano, Ana. Montesinos, María Paula (2010). “Chicos y chicas en situación de calle y procesos de democratización educativa”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 8, número 1 (2010) 293-310.
- Reyes, Susana (coord.) Gestona, Laura; Dosso, Mariana; Gorosito, Mariana; Vidal, Liliana (). La escuela Isauro Arancibia. Una experiencia colectiva de educación popular en el sistema formal. Buenos Aires, Noveduc.

Rubinsztain, Paola y Blaustein, Ana Lea (2015) ¿Educación popular y escuela? Reflexiones desde la experiencia de un bachillerato popular de jóvenes y adultos. Disponible en línea <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/69813>

Tenti Fanfani, Emilio (1993) *La escuela vacía. Deberes del Estado y responsabilidades de la sociedad*. Buenos Aires, Unicef-Losada.

Los niños como seres económicos y actores financieros. Reflexiones sobre la normativa que autoriza la apertura en forma autónoma de Cajas de Ahorro por parte de adolescentes

Diana Fiorini⁴⁶ y Laura N. Lora⁴⁷

1. Introducción

El 16 de mayo del 2019 el Banco Central de la República Argentina emitió la Comunicación “A” 6700 a las Entidades Financieras (Banco Central, 2019) autorizando a estas a ofrecer a los adolescentes entre 13 y 17 años la titularidad exclusiva de Cajas de Ahorro, sin incluir a un adulto. La reglamentación contiene una salvedad: que sus representantes expresamente se opongan a la apertura, o a la continuación de esta. La cuenta, no tiene gastos de apertura y está asociada a una tarjeta de débito, por la que se pueden realizar operaciones financieras cotidianas como transferencias, compras o extracciones, incluso depósitos a plazo fijo en pesos, en Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por CER (UVA) y en Unidades de Vivienda actualizables por ICC (UVI), que ponen a disposición de los adolescentes un instrumento de ahorro de largo plazo. La Circular establece como límite que las acreditaciones se permitan hasta el equivalente de un Salario Vital y Móvil, por mes calendario. Este límite podría ser aumentado con autorización de los representantes. Respecto de las acreditaciones bancarias el límite refiere un salario mínimo vital y móvil mensual, con excepciones y es de \$16.875. Decreto 610/19 (Decreto 610/19 Salario Mínimo Vital y Móvil DNU-2019-610-APN-PTE I(B.O. 03.09.19)).

Existe detrás de esta decisión un andamiaje normativo que lo permite. La Circular deviene de la intersección entre el principio de

46 Magister en Criminología, Directora de la Defensoría del Niño del Colegio de Abogados de San Isidro, Vice Directora del Instituto Interdisciplinario del Niño y la Familia, docente y Conjuez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

47 Profesora Dra. en Derecho, Directora Proyectos UBACyT, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho de la UBA.

autonomía progresiva que enuncia el Corpus Juris de derechos de la infancia, y las políticas financieras. La Resolución de Banco Central pretende la inclusión financiera de los adolescentes, y fomento de la bancarización y educación financiera.

Los fundamentos esgrimidos al momento de solicitar la aprobación fueron varios. Entre ellos se dijo: “Además, como objetivo transversal se contempla –entre otros aspectos– la inclusión financiera de grupos específicos con mayor riesgo de estar excluidos, tales como los jóvenes (menores de edad)”.

El párrafo señala dos puntos interesantes: reconoce que los adolescentes son seres económicos que tienen capacidad suficiente para realizar actividades financieras, pero que también son un grupo vulnerable que corren riesgo de exclusión en esa área. Este trabajo focaliza en conceptos claves tales como: capacidad e inclusión/exclusión.

2. Los niños como seres económicos y como actores financieros

Una propuesta que liga finanzas con niñez, pone en tensión algunos mitos: la etapa de la infancia es ajena a lo económico, e incluso es de mala educación hablar de dinero. Sin embargo, la economía es un producto de la cultura y los niños y los adolescentes, como sujetos inmersos en ella, también están afectados por las condiciones materiales, tecnológicas y estructurales que determinan las relaciones de producción, distribución y consumo de bienes en un momento dado, en una sociedad determinada y conforme el medio en que se encuentren.

Respecto de la noción adolescente consideramos el concepto jurídico, incorporado al Código Civil y Comercial argentino (en adelante CCyC) (Ley 26994. Código Civil y Comercial de la República Argentina. Sancionada y promulgada Octubre 2014) que en su artículo 25 define al “menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y el adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años”. Asimismo nos valemos de la diferenciación efectuada por Obiols y Di Segni de Obiols (Obiols & Di Segni de Obiols, 1993), señalando: adolescente es una persona que traspasó la pubertad y todavía se encuentra en etapa formativa en lo profesional, en la estructuración de su personalidad o la identidad sexual, mientras que joven refiere al adulto joven como alguien que “ya ha adquirido responsabilidades y cierta cuota de poder, madurado su personalidad y establecida su identidad se-

xual, más allá de que no tenga una pareja estable o no sea totalmente autosuficiente en lo económico” (1993:7).

En nuestra época los niños son sujetos y objetos del mercado de consumo. La repetida imagen de adolescentes en la publicidad, los representa casi homogéneamente con ciertos estereotipos de belleza y comportamientos donde domina el hedonismo, la independencia, la irreverencia e incluso la transgresión como sujetos/objetos de mercadeo (H.Martia, 2017) . Es que existen industrias dedicadas a sus necesidades y preocupadas por sus tendencias (vestimenta, ocio, alimentación etc.). Su peso económico no se limita al sector privado El presupuesto estatal dedica partidas específicas para sus necesidades, ejemplo salud y educación.

Las personas menores de edad no solo representan gastos y consumo de bienes. En nuestra sociedad hay niños que desarrollan actividades con significado económico, tanto lícitas como ilícitas: desde las tareas domésticas, la colaboración en empresas familiares, el ejercicio de empleos y profesiones dentro de marcos legales, hasta las peores expresiones del trabajo infantil, ejemplo: trata los niños, niñas y adolescentes (Lora , 2020). En síntesis los NNyA pueden tener un grado de significación en la producción, distribución y consumo de bienes y mercaderías.

La introducción de los niños, al mundo económico se da tanto internamente en el seno de la familia, como externamente. Es posible que tengan acceso a dinero, ya sea a través de regalos para las fechas tradicionales: los cumpleaños, la primera comunión, el ratón Pérez, o como reconocimiento de una buena conducta (si te portas bien te compro, o te doy....) , o la o el abuelo cuando cobra la jubilación, o de la madre y/o el padre como reconocimiento a compromisos de buena conducta (si te portas bien te compro, o te doy....) , pueden ser receptores de beneficios provenientes de políticas estatales, (Asignación universal por hijo, Becas escolares) iniciativas de responsabilidad empresarial, o ONG, o como herederos o legatarios de bienes, o por reconocimiento por sus esfuerzos a través de becas o premios, o compensación por daños y perjuicios o como remuneración por su trabajo, e incluso con dinero o bienes adquiridos ilícitamente.

Esta síntesis muestra que es normal dentro de nuestro medio que niños y adolescentes accedan a dinero “ganado” o a dinero recibido como un “don”. En algunos hogares los NNyA reciben la mesada, o mensualidad, como una forma de estimular su independencia, y adquirir competencias en el manejo de un presupuesto.

Hay una diferencia entre esta calidad intrínseca de ser económico, que ocurre por su simple estar en la cultura en un tiempo y lugar determinado, con la especificidad de ser un actor financiero, “ *con una capacidad reconocida para operaciones complejas* ” tal como propone la Circular del Banco Central que fundamenta los beneficios de la inclusión financiera de los adolescentes dentro de la “Estrategia Nacional de Inclusión Financiera” La Resolución No 10/2019 entiende que es una estrategia para “Contribuir al desarrollo social y al crecimiento económico del país y reducir la vulnerabilidad económica de los individuos”. En el caso de los más jóvenes, “brindando al menor adolescente un servicio que le facilitará la concreción de transacciones cotidianas acordes a su grado de capacidad, mediante el uso de medios electrónicos de pago –por tarjetas de débito, transferencias, código QR, aplicaciones para celulares, entre otros–, con un límite mensual de acreditaciones a los efectos de neutralizar los riesgos que pudiera generar al menor el uso de esta cuenta”.

¿Cuál es el reconocimiento legal que el Banco Central hace de la capacidad de los adolescentes para realizar operaciones financieras?,

La CDN establece una serie de principios que la atraviesan (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art.3,párr.1), 2013). Entre ellos: el interés superior, el derecho a ser oído de los niños, y el reconocimiento de su autonomía progresiva, que han sido recogidos en nuestra legislación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, recoge la teoría de la voluntad, definiendo como acto voluntario, el ejecutado con discernimiento, intención y libertad (art. 260). La capacidad general de derecho de la persona humana se presume pero puede estar afectada en su ejercicio y esto ser motivo de restricción (art. 32). La regla general, salvo casos especiales, dice el art. 261(c) es que se considera como involuntario por falta de discernimiento el acto lícito de las personas menores de edad que no hayan cumplido los 13 años.

El Código establece dos rangos etarios para los menores de 18 años: los niños, o sea los que no cumplieron trece años y los adolescentes, de los trece en adelante hasta llegar hasta los 18, cuando se adquiere la plena capacidad jurídica.

El principio general, es que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de su representante (art. 26). Sin embargo, aquellos que cuentan con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y pueden participar directamente en los procesos que los

afecten. El Código fija pautas respecto a las consideraciones a tener en cuenta en el ejercicio de la responsabilidad parental. Los padres deberán contemplar (art. 639):” a) *el interés superior del niño* b) *la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo*; c) *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta*. Se establece como regla que en la medida que maduren, disminuye la representación sustitutiva parental. Esto es lo que se denomina “capacidad progresiva, o autonomía progresiva”.

El Código incluso registra el hecho que las personas menores de edad efectúan transacciones en la vida real. Es así que el su art. 684 establece: “Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por los hijos, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores”. Otra muestra del reconocimiento que los NNyA son seres económicos se da en la posibilidad de ser titulares de bienes, poder solicitar a sus progenitores la rendición de cuentas de los bienes que estos administren “presumiéndose su madurez”. (art.697). Otro ejemplo constituye el caso del trabajo adolescente conforme lo regula la Ley N° 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, que faculta en su art. 109: que las personas mayores de dieciséis (16) años “estarán facultadas para estar en juicio laboral, en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para otorgar los poderes necesarios a efectos de hacerse representar judicial o administrativamente mediante los instrumentos otorgados en la forma que previeren las leyes procesales locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el artículo 27 de la Ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”. La disposición se vincula con el CCyC, que en su art. 686 (a), norma que los bienes “adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por este, aunque conviva con sus progenitores”.

3. La normativa del Banco Central contextualizada

La Comunicación “A” 6491 del Banco Central, del año 2018 habilitó la apertura de Cajas de Ahorro, para personas menores de edad en calidad de “*autorizadas*” por una persona adulta. La disposición no exige demostrar el vínculo, ni tampoco una edad mínima por parte del autorizado. Ese adulto es responsable ante la entidad bancaria. Es evidente la diferencia entre esta disposición con la Co-

municación “A” 6700, en discusión, donde los adolescentes son directamente titulares de la apertura y manejo de la Caja de Ahorro. Un análisis del uso que los bancos hicieron de esta posibilidad, arroja que si bien algunos publicitan la posibilidad de tener cuentas acompañados por un adulto, muchas menos entidades bancarias ofrecen la posibilidad para que los adolescentes sean titulares por sí solos.

Es interesante destacar que la propuesta de considerar la apertura de cuentas de Caja de Ahorro de forma independiente por adolescentes en nuestro país se da dentro de un escenario particular.

Existe hoy una extraordinaria revolución en los intercambios financieros que superan la actividad bancaria tradicional. Como ejemplo, las criptomonedas (Bitcoins u otras) y las empresas Fintech. Se entienden como tales las empresas que brindan servicios financieros en base a tecnología y plataformas digitales. Algunas de ellas en nuestro país aceptan que los adolescentes puedan realizar operaciones financieras. Un ejemplo es el banco digital Burbank, que cuenta con licencia del Banco Central (BCRA). Este requiere que los representantes legales de las personas menores edad los autoricen en su propia cuenta. Otro ejemplo interesante es la tarjeta Ualá, simultáneamente una app y una tarjeta prepaga de MasterCard internacional gratuita, accesible a adolescentes con el mero consentimiento parental para poder realizar transacciones a nivel nacional e internacional cuyo uso ha impactado en el mercado marcadamente adolescente, como es la adquisición de juego y apps virtuales

La Comunicación “A” 6700 del Banco Central no responde a una práctica solitaria, sino que se enmarca en una preocupación internacional respecto a la forma en que están cambiando postulados fundamentales para la estabilidad del sistema financiero.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización internacional sustentada por los países centrales, que sostiene que, “ *las generaciones jóvenes se enfrentan a una complejidad creciente en los productos, servicios y mercados financieros, por lo que es presumible que soportaran más riesgos financieros en su etapa adulta*”.

La respuesta a esta preocupación es brindar conocimientos especializados. La OCDE incentiva el conocimiento comparativo de los índices de educación a través entre países del programa PISA (OECD, 2016). En este programa se evalúan diversos ítems. Algunos tradicionales, como la lectura o el conocimiento de la matemáticas y ciencias, que son los que se han tomado en nuestro país, pero también han desarrollado en 15 países índices de evaluación de Alfabe-

tización Financiera , o sea el conocimiento y comprensión de formas de transacción , instrumentos financieros simples y planificación financiera . Esta prueba PISA consiste en la evaluación de 5 niveles de comprensión. En el primer nivel los estudiantes deben identificar términos e información ligados a conceptos básicos, como entender el contenido de un recibo, o poder realizar operaciones matemáticas (suma, resta, multiplicación o división) aplicadas a transacciones cotidianas. En el segundo nivel se espera que los estudiantes entiendan los componentes básicos de un presupuesto. En el tercero, que pueda hacer cálculos relacionados con el mejor manejo de este (por ejemplo, comparando precios). En el cuarto, que comprenda conceptos financieros y términos específicos que los podrán ayudar en su adultez y en el ingreso en el mundo del trabajo, tales como el manejo de una cuenta bancaria, o entender el interés compuesto en distintas formas de inversión. Finalmente, el último nivel está reservado para la evaluación de la comprensión de operaciones más complejas, como los costos ocultos en instrumentos financieros, o el pago de impuestos.

Las encuestas ponen primeros a los estudiantes chinos y últimos a los pertenecientes a países latinoamericanos donde se realizó este tipo de evaluación: Chile, Perú y Brasil (OECD, 2017) . Una de sus conclusiones es que la Alfabetización Financiera está fuertemente relacionada con los niveles de rendimiento en matemáticas y lectura y también con los recursos disponibles facilitados por padres y parientes. Aquellos estudiantes con mayores ventajas socioeconómicas tuvieron mayor puntaje que aquellos con menores posibilidades, y aún en igualdad de condiciones, los nativos tuvieron mejor puntaje que los inmigrantes. El 56% de los estudiantes de países tan diversos como Rusia, Lituania, Estados Unidos, Bélgica o Australia tenían una cuenta bancaria a su nombre, pero casi dos de tres demostraron no tener habilidades para manejar una cuenta, o entender el resumen del banco. Conforme la información de los países participantes en la prueba PISA, la currícula en la enseñanza de Alfabetización Financiera es muy variable. Rusia tiene un programa comprensivo de todos los niveles escolares, que liga competencias mínimas financieras, con derechos del consumidor. Suecia tiene programas mixtos entre organizaciones financieras y autoridades escolares. Un ejemplo es una app desarrollada para la escuela primaria, para el aprendizaje del manejo económico cotidiano. La premisa central del juego es enseñar cómo ganar y ser responsable por un salario. Los jugadores (padres, maestros de economía doméstica y niños) probaban diversos trabajos con diversos salarios, y deciden como gastarán

estos en comida, alquiler y otros gastos. En otros países, se vincula la alfabetización económica con estudios sociales ligando el consumo con temas ambientales o la trata de personas.

Es interesante un estudio de la fundación Save the Children, ya que concluye , a través de su programa “Youth Save”, realizado en Ghana, Kenia, Nepal y Colombia, diciendo que los jóvenes están dispuestos a abrir cuentas de ahorro, siempre y cuando estas sean de fácil acceso y acordes a sus necesidades. Este estudio coincide con una experiencia realizada en Mendoza entre 2016 y 2017 (Banco Central de la República Argentina , 2016), donde el 78% de los adolescentes contestó que les gustaría ahorrar en un banco. En las zonas con menor infraestructura bancaria (rurales o periféricas) esa proporción subió al 87% de los jóvenes. La mayoría (3 de cada 4 alumnos) respondió que le gustaría ahorrar en un banco principalmente porque los ayudaría a no gastar tan fácilmente su dinero, es decir ven este ahorro como una forma de controlar los impulsos del consumo, o bien porque les brindaría una mayor seguridad.

4. Discusión

Tal como se indicara previamente, el intercambio económico es un hecho de la cultura. En la perspectiva marxista, la comprensión de la economía, o sea el conocimiento de la propiedad de las fuerzas productivas, y el entendimiento de las relaciones de producción es fundamental para comprender una sociedad. Posiciones posteriores plantearon que el modo de producción en un lugar determinado y en un momento histórico tiene influencia directa en las superestructuras, y signa el carácter de las relaciones sociales. En consecuencia, los intentos de introducción de los adolescentes al circuito financiero tendrían como único fin adaptarlos al status quo, asegurar la reproducción y continuación del sistema capitalista.

Entre los críticos a las posiciones extremas de determinismo económico se encuentran quienes plantean un enfoque cultural de la economía, y analizan cómo las economías se integran a la sociedad. Desde esta visión, el excesivo acento en el homo economicus hace que se ignoren otras motivaciones humanas que puedan influir en la economía real.

Esta perspectiva subraya la importancia de la sociabilidad y, en función de ella, de la educación (Tedesco y López), de la transmisión de los valores morales y la política. Esto hace suponer que, en el caso de los niños y jóvenes, el acceso a valores monetarios está estrechamente vinculado a cuestiones sociales, lazos afectivos

o fines educacionales que permitiría suponer que lo social está profundamente embebido dentro de lo económico, ya que lo social y lo económico no están dissociados. Al hacerlo, se reconoce el rol de la familia como socializadora, y esta función incluiría la trasmisión de perspectivas sobre el dinero, el intercambio y distribución de bienes. ¿Quién no ha escuchado a padres explicando a un hijo que no puede acceder al producto deseado por no tener dinero, o por ser un exceso? O, sencillamente negarse a un pedido, aduciendo que el dinero no crece en los árboles y relacionándolo con el mundo del trabajo.

Desde este punto de vista, podría plantearse si junto con la educación financiera centrada en la bancarización, es posible ampliar la alfabetización aprendiendo formas diferentes de producción y distribución de los bienes

Nuestro propio país, por ejemplo, cuenta con antecedentes de políticas de enseñanza sobre el cooperativismo, como la ley N.º 5111 del año 1946, que impuso la obligatoriedad de su enseñanza en la Provincia de Buenos Aires. La ley N.º 26.206/06 de Educación Nacional, actualmente en vigencia, también estableció en su art. 90: “el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología promoverá a través del Consejo Federal de Educación, la incorporación de los principios y valores del cooperativismo y del mutualismo en los procesos de enseñanza-aprendizaje”.

En el pasado, también fue una política de Estado conjunta entre el sistema de educación y una institución de la época, la Caja Nacional de Ahorro Postal la creación de la Libreta de Ahorro Postal. Los niños compraban estampillas, generalmente a través de sus maestros, como una forma de ahorro.

5. Conclusiones

Se han traído a discusión dos Circulares del Banco Central. Una primera, permite que los bancos puedan ofrecer Cajas de Ahorro para personas menores de edad como titulares de cuenta, en carácter de autorizado, siempre que esté acompañada por un segundo titular autorizante, padre, madre o representante legal, siendo este adulto el responsable de las obligaciones de la cuenta. Posteriormente se dispuso a través de la Comunicación “A” 6700 que las entidades financieras puedan ofrecer a los adolescentes entre 13 y 17 años de edad una Caja de Ahorro, sin la necesidad de estar acompañados para su apertura por sus representantes legales. La norma ha establecido ciertas restricciones: la posibilidad que dichos representantes

se opongán a la apertura, o a la continuación de la cuenta, así como establece un límite para los depósitos.

Ambas Circulares se encuentran vigentes. Demuestran un avance normativo, ya que resultan interesantes como muestra tangible de la extensión del reconocimiento de los derechos de los adolescentes en temas económicos. La Circular del Banco Central impulsa la incorporación de los adolescentes a actividades financieras con fines educativos. Esto también resulta interesante, porque al considerarse su inclusión financiera se reconoce también su entidad como seres económicos. No es común, en las presentaciones sobre los niños como sujetos de derechos reconocer que tengan un rol en los intercambios económicos. El planteo que los adolescentes son seres económicos abre múltiples dimensiones, que van desde la percepción como sujetos/objetos de consumo hasta el diseño de los presupuestos tanto a nivel familiar como estatal orientados a las necesidades de esta franja etaria.

También parece atractivo que la máxima institución que regula la actividad bancaria en el país haya tomado como propio y aplicado el principio de capacidad progresiva o sea el natural proceso de sustitución del cuidado y protección parental por la propia toma de decisiones en la medida que los adolescentes maduran. El hecho que un principio devenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, y recogido en nuestra legislación previamente haya sido tomado de alguna forma por la estructura financiera muestra que lo económico no es ajeno a lo social, y que por lo tanto un análisis dentro de ese ámbito debe complementar la visión social con la económica, sumado la regulación jurídica de estas relaciones

Se considera que los adolescentes son seres económicos, y que como parte de la cultura están afectados por las condiciones materiales, tecnológicas y estructurales que determinan las relaciones de producción, distribución y consumo de bienes en un momento dado, sociedad determinada y conforme el medio en que se encuentren. Los adolescentes actuales seguramente nada tienen que ver con los jóvenes pertenecientes a los pueblos originarios en la época previa a la conquista española, y posiblemente se sorprendan con el art. 1625, del Código Velezano, que rezaba “El que hubiese criado alguna persona, no puede ser obligado a pagarle sueldos por servicios prestados, hasta la edad de quince años cumplidos. Tampoco serán obligados a pagar sueldos los tutores que conservaron en su compañía a los menores de quince años, por no poder darles acomodo” (Código Civil. Ley 340 , 1869).

Si bien los adolescentes son protagonistas de intercambios económicos, no es tan usual que estos tengan actividad financiera. El BCRA entiende a la inclusión financiera como el acceso y el uso de una oferta amplia de servicios financieros, provistos de una manera sostenible y responsable. La educación financiera propuesta parece apuntar a la bancarización tradicional, mientras que paralelamente aparecen recursos alternativos en espacios mínimamente regulados: criptomonedas, ciber Banks o alternativas de pago y transferencias virtuales que posiblemente aparezcan como competidores de las operaciones tradicionales. Nos parece interesante pensar futuras líneas de investigaciones sobre las circunstancias que rodean la producción y consumo de bienes económicos especialmente del dinero por parte de los adolescentes en nuestro medio. Tal como se apuntará, las habilidades y competencias económicas se adquieren a través de procesos educativos, ya sea formalmente, a través de la escuela, o la familia, o influencias externas, como las redes, amigos, o los medios de comunicación. Un aspecto a explorar es la alfabetización económica de los adolescentes *millennials*, predispuestos generacionalmente al universo digital, frente el aumento de oferta de las empresas Fintech, criptomonedas, e instrumentos semejantes. Esto presume que continuaran los cambios ante la aparición del uso de medios de pago alternativos al sistema bancario tradicional y que también se expandirá la necesidad de educación financiera.

La propuesta de inclusión financiera provoca una tensión que va más allá de la reciente intromisión de los adolescentes en ese mundo o la competencia de medios no tradicionales. Se reconoce que la educación financiera es necesaria para los que ingresen por primera vez en el mundo laboral, por ejemplo para conocer el mecanismo de pago de sus haberes (hoy prácticamente bancarizados a través de la cuentas sueldo), o entender mínimamente los mecanismos de débito y crédito, sobre todo considerando los altos intereses que cobran las tarjetas de crédito. Seguramente es un plus que puedan entender las opciones entre las formas de inversión.

Sin embargo, el mismo Banco Central afirma en un informe de este año: “La economía argentina enfrenta un crítico cuadro macroeconómico caracterizado por la coexistencia de registros inflacionarios muy elevados y un intenso y persistente proceso recesivo, que se ha traducido en marcados niveles de desocupación, precariedad y pobreza” (Banco Central de la Nación, 2020).

Conforme los datos del informe de Barómetro de Deuda Social de la Infancia de la UCA, hay en nuestro país entre 4.700.000

y 7.500.000 chicos y adolescentes pobres. La pobreza de nuestros NNyA en términos monetarios creció al 51,7%, con efectos pluridimensionales. Un 29,3% de los chicos tuvieron déficit en sus comidas y un 13% pasó hambre durante 2018. Este universo poblacional posiblemente necesite aprender estrategias económicas de subsistencia que genuinamente les sirvan.

Es que en nuestro país co-existen varias infancias. Plantearse alternativas que satisfagan las distintas necesidades resalta la importancia que tienen las estructuras estatales para la trasmisión, junto con la familia de los valores y principios del sistema económico. Se puede percibir la propuesta de educación financiera como una política para fortalecer a los jóvenes en un mundo económico de creciente complejidad, o como un mecanismo de disciplinamiento temprano de la economía capitalista. También puede plantearse como una vía para el fortalecimiento de formas más equitativas de producción, como el cooperativismo o el mutualismo tal como lo propone la misma ley de educación. Es que los objetivos de la educación financiera marcan también un modelo de sociedad a la cual se aspira y por lo tanto pueden variar. El Banco Central dispuso la Circular “A” 6700, dentro de un programa de protección a poblaciones con mayor vulnerabilidad dentro del sistema. Merece profundizarse su análisis integrándose con otras políticas. Aunque parece correcto alentar la alfabetización económica, es posible que la educación financiera únicamente no afecte condiciones estructurales de pobreza. En un estudio sobre países en vía de desarrollo, y tomando el ejemplo de Ghana (Barry , Karlan , & Pradhan, 2015) los autores concluyeron que la educación financiera no significó un enorme cambio en las condiciones laborales de los NNyA, ya que la iniciativa debía completarse con el cambio en otras variables sociales.

Es este el desafío. La integración de la educación financiera con el aprendizaje de habilidades y competencias de los adolescentes para que puedan gozar de un mejoramiento de las desigualdades actuales.

7. Bibliografía

- Banco Central. (16 de mayo de 2019). *Boletín Oficial 21.05.2019 Caja de ahorro en pesos para adolescentes*. Obtenido de Banco Central: www.bcra.gov.ar › Noticias › Adolescentes-cajas-de-ahorro
- Banco Central de la Nación . (2020). Obtenido de http://www.bcra.gov.ar/PoliticaMonetaria/Politica_Monetaria.asp.

- Banco Central de la República Argentina. (2016). *Aprendiendo a Ahorrar*. Obtenido de https://www.bcra.gob.ar/BCRAyVos/aprendiendo_a_ahorrar.asp
- Barry , J., Karlan , D., & Pradhan, M. (2015). *The Impact of Financial Education for Youth in Ghana*. Obtenido de NBER Program(s):Development Economics Program, Labor Studies Program: <https://www.nber.org/papers/w21068>
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art.3,párr.1). (2013). (s.f.). *Decreto 610/19 Salario Mínimo Vital y Móvil DNU-2019-610-APN-PTE I(B.O. 03.09.19*.
- H.Martia. (10 de 7 de 2017). *Niños y niñas como sujetos de derechos o como objetos de consumo*. Obtenido de [Http/www.hmartia.com.ar](http://www.hmartia.com.ar).
- Ley 26994.Código Civil y Comercial de la República Argentina. Sancionada y promulgada Octubre 2014. (s.f.).
- Lora , L. (2020). *Del Maltrato en la infancia. A propósito de la trata de personas*. Eudeba.
- Obiols , A., & Di Segni de Obiols , S. (1993). *Adolescencia, Posmodernidad y Escuela Secundaria*. Buenos Aires S.A : Kapelusz.
- OECD. (2016). *Financial Education in Europe: Trends and Recent Developments*. Obtenido de OECD PUBLISHING: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264254855-en>
- OECD. (2017). *Pisa 2015 Results (VOL. IV) Students Financial Literacy OE*. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264270282>.- CD Publishing Paris.
- Real Academia Española. (2020). *Economía*. Obtenido de <http://www.rae.es/>,
- Velez Sarsfield , D. (s.f.). *Código Civil*.
- Zapiola, María Carolina. (2010). *La Ley de Patronato de Menores de 1919: ¿una bisagra histórica?* En L. y Lionetti, *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890-1960)*. Buenos Aires: Prohistoria.

Educação, comunicação e afeto: Cascão lava as mãos para salvar vidas em meio ao contexto de incertezas da pandemia de COVID-19

Maria Rita Mazzucatto⁴⁸ y
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci⁴⁹

Trabalho a ser apresentado durante o *Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y Adolescencia - Prácticas interdisciplinarias y modos de abordar los conflictos que atraviesan a la Niñez y a la Adolescencia* para a comissão de trabalho número 1: “*Acceso a justicia. Exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes*”, promovido pela instituição *Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (Argentina)*.

1. Considerações iniciais

A pandemia de COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, surpreendeu o mundo com sua capacidade de mobilização social. Países inteiros foram paralisados de forma a minimizar seus efeitos, terríveis notadamente para grupos de risco. Quem tem a possibilidade de seguir o isolamento social pode se deparar ainda com

48 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6284375512877306>

Graduada em Comunicação Social com Habilitação em Relações Públicas pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA-USP). Tem como foco de pesquisa as implicações e as interfaces do amor e das relações afetivas na Pós-Modernidade. Membro da Comissão de Direitos Infantojuvenis da Ordem dos Advogados do Brasil/São Paulo (OAB-SP).

49 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7176525199540287>

Pós-Doutora em Comunicação pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/ USP). Pós-Doutora em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutora em Direitos Humanos e Trabalho pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade de Córdoba-Argentina. Mestre e Doutora pela PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e Jornalismo pela Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero. Professora das Faculdades de Direito da UPM e Universidade São Judas Tadeu (USJT). Professora Temporária da ECA/USP. Coordenadora do Grupo de Estudos CriAMack “Direitos da Criança e do Adolescente no Século XXI” da Faculdade de Direito da UPM. Pesquisadora do Grupo de Estudos de Novas Narrativas (GENN-ECA/USP). Membro da Comissão de Direitos Infantojuvenis da Ordem dos Advogados do Brasil/São Paulo (OAB-SP).

outras dificuldades. As crianças e os adolescentes não são grupos de risco para a doença, embora todos os cuidados devam ser tomados para proteger sua saúde e integridade. Além disso, faz-se necessário o cuidado com sua saúde mental, munindo-os das ferramentas emocionais, educacionais e comunicacionais para enfrentarem este período especialmente desafiador e novo para a realidade brasileira.

Mesmo neste contexto, é possível nos depararmos com ações de pura sensibilidade. Foi o que demonstrou o grupo Maurício de Sousa Produções ao apresentar Cascão –personagem da Turma da Mônica famoso por sua aversão a água– lavando as mãos pela primeira vez para ensinar às crianças que isso pode salvar vidas ao prevenir a infecção por coronavírus.

É neste sentido que nos propomos a analisar esta ação, em específico, juntamente com outras iniciativas auxiliares a ela, à luz de alguns autores essenciais, notadamente Paulo Freire, pensador brasileiro que contribuiu de forma preciosa e revolucionária para o fazer educacional (cuja influência ainda reverbera por todo o mundo); e Edgar Morin, intelectual francês que nos abre os olhos sobre a importância de considerarmos a complexidade e a incerteza como aspectos essenciais à vida na Pós-Modernidade, especialmente na educação.

A análise aqui proposta parte de uma abordagem interdisciplinar da educomunicação e do afeto, a partir do olhar sobre a importância da solidariedade, das narrativas, do Direito à Comunicação como Direito Humano Fundamental e do princípio de proteção integral, assegurados à criança e ao adolescente, em consonância com a luta por justiça para o público infantojuvenil.

2. Histórico do direito da criança

Em perspectiva histórica, o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente sempre foi uma das tônicas nucleares em razão da necessidade de proteção especial. Assim, além dos direitos fundamentais comuns a toda pessoa humana, podemos identificar alguns especiais relativos à criança e ao adolescente, albergados sob o manto da doutrina da proteção integral, que encontram fundamento internacional na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, bem como na Convenção dos Direitos da Criança, em 20 de novembro de 1989, obrigando os países signatários a adotar em sua legislação interna seus três princípios básicos: proteção especial como ser em desenvolvimento; o desenvolvimento da criança no seio de sua família; e

a prioridade da criança para todas as nações signatárias. A proteção integral é a razão fundante dessa Convenção.

A doutrina da proteção integral foi acolhida no direito brasileiro com status constitucional ao ser prevista no artigo 227 da CF/88, que expressamente prevê ser:

[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵⁰

Isso foi depois reiterado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, ao também agasalhar o conceito de crianças e adolescentes como sujeitos de direito em desenvolvimento, destinatários de prioridade absoluta e de responsabilidade de todos, família, sociedade e Estado, em exato cumprimento do princípio da cooperação ou solidariedade.

O princípio da cooperação ou solidariedade traduz-se na Carta Magna de 1988 como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, inciso I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Denota-se que o legislador constituinte objetivou firmar como propósito da sociedade brasileira a instituição dos laços de solidariedade necessários à construção de uma sociedade livre, justa, desenvolvida, com a promoção do bem de todos e apartamento das desigualdades regionais.

A solidariedade para o Estado Democrático de Direito Brasileiro deve ser concebida como sinônimo de desenvolvimento, justiça social, bem-estar e paz. O vocábulo *solidariedade* nos remete à concepção de ligação entre pessoas, responsabilidade mútua, congregação de interesses individuais para o desenvolvimento comum, vinculação de indivíduos em prol de um bem maior, comunhão de responsabilidades.

50 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 06/02/2020.

A solidariedade social corresponde, portanto, a um princípio que estrutura os Estados Sociais, notadamente conhecidos como Estados Providência, e possui caráter político, econômico e social na medida em que cabe ao Estado promover o bem de todos, uma vez que na união de forças individuais os enlaces tornam-se vínculos.

Desta feita, seguindo os ditames constitucionais, o ECA consolida, como Estatuto, os matizes que delineiam os sujeitos de direitos, crianças e adolescentes, reiterando em seu texto os princípios da prioridade absoluta, proteção integral, melhor interesse, sujeito de direito em desenvolvimento em toda a sua plenitude, eivada de dignidade, respeito, liberdade e não discriminação, tendo por raiz estruturante Tratados Internacionais e a Constituição de 1988.

É sob essa perspectiva principiológica que objetivamos tecer metodológica e cientificamente o presente ensaio, que versa sobre a necessidade de interpretação construtiva dos direitos da criança e do adolescente, com foco no princípio da solidariedade entre família, comunidade, sociedade e Estado, asseverando-se que todos são corresponsáveis pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

Cabe lembrar que o princípio da solidariedade está insculpido no art. 19 do Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, firmado a partir da Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, entre os países integrantes da Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor apenas em 18 de julho de 1978. A referida Convenção é o paradigma de proteção aos Direitos Humanos a partir dos ideários da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ditando que: *“Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”*. Assim, apesar de ter sido ratificado pelo Brasil apenas no ano de 1992, através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, exerceu fortes influências na produção da Constituição de 1988, em especial, na construção do art. 227, que agasalha a proteção constitucional ao Direito das Crianças e Adolescentes.

O princípio da solidariedade agremia a necessidade de proteção integral da criança, a partir da família, comunidade, sociedade e Estado, asseverando-se que todos são corresponsáveis pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente. Assim, tal arquitetura principiológica nos dá conta de que as crianças deixam de ser dos pais e passam a ser sujeitos de direito a que todos devem estar aten-

tos e são chamados a contribuir, bem como a fiscalizar não apenas a família, mas também a sociedade e o Estado.

3. Educação e comunicação: uma abordagem acerca do público infantojuvenil

Quando falamos da sensibilização, a palavra *comunicação* emerge como núcleo irradiador que merece ser melhor explorado. É a comunicação que nos faz humanos, que propicia a criação de laços e que oportuniza a interação social. Comunicação é o instrumento-chave para a solidariedade humana, e, como instrumento, está sujeita às modificações dos tempos. Comunicação é uma das facetas da evolução humana. Comunicação é uma forma de tornar comunitário, social e coletivo. Comunicação é um Direito Humano Fundamental.

A partir de tal ótica, o Direito à Comunicação pode ser vislumbrado com ligações intrínsecas com a cidadania e a igualdade. Contudo, em que se pese ser considerado Direito Humano Fundamental, conforme Victor van Oeyen, Paulo Lima e Graciela Selaimen:

[...] a mobilização pela defesa do direito à comunicação é mais difícil que qualquer outra mobilização por direitos humanos. A Comunicação ainda é vista como uma questão menos urgente – quando chega a ser cogitada – por governos e sociedade civil. A luta por este direito ainda é incipiente e é fundamental que todas as organizações da sociedade civil e pessoas dedicadas ao fortalecimento da cidadania – e não apenas aquelas dedicadas aos temas de mídia e comunicação – voltem sua atenção e uma parcela de seus esforços para garantir que o direito à Comunicação seja preservado.⁵¹

Nos moldes propugnados por Paulo Freire, a educação, quer seja no âmbito da escola, quer seja no âmbito das relações familiares, deve estar voltada ao diálogo, pautado na ação e na reflexão. Nas relações de dominação, diálogo e amor estão ausentes. Diálogo é o encontro dos homens para Ser Mais, para construir sua autonomia. Para que a educação promova no educando a autonomia, é essencial que ela seja dialógica, pois assim há espaço para que a criança seja

51 OEYEN, Victor van; LIMA, Paulo; SALAIMEN, Graciela. A Campanha CRIS. Revista do Terceiro Setor. Extraído do texto “A Cúpula Mundial de 2003: a Sociedade Informacional”. São Paulo: RITS, junho de 2002. Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação Universidade Federal de Juiz de Fora.

sujeito, para que ela mesma assuma responsabilmente sua liberdade e, com a ajuda da família, desenvolva-se e transforme-se.⁵² O diálogo implica a transformação do mundo. A pronúncia do mundo é um ato de criação e recriação, é um ato de amor.⁵³

Assim, é noção cediça que a educação de crianças e adolescentes pressupõe o diálogo, a confiança, a responsabilidade e o respeito mútuo, consagrados que estão como sujeitos de direito.

Essa perspectiva, sugere uma visão restrita de educação, e por que não dizer contraditória, já que uma postura educativa violenta tende a formar sujeitos também violentos e intolerantes, ou de outro modo extremamente submissos. Ligada a esses dois aspectos está a ausência de reconhecimento do outro enquanto ser de direito, assim como do compromisso com o mundo. O que pode ser interpretado como carência de princípios éticos favoráveis à conscientização e à formação dos sujeitos. Considerando os limites de tais leituras, apontamos como um caminho formativo autêntico, a educação dialógica.⁵⁴

Não há dúvidas que a Educação em Direitos Humanos leva a uma Educação para a Paz, a qual não está voltada a ignorar o fenômeno da violência ou do conflito; muito pelo contrário, é a forma de lidar com o conflito à luz do diálogo, da mediação, do discurso da diversidade. Encarar o problema, saber que ele está lá é o primeiro passo para resolvê-lo. O diálogo é a força que impulsiona o pensar crítico-problematizador em relação à condição humana no mundo. Através do diálogo podemos dizer o mundo sendo nosso modo de ver. O diálogo implica uma práxis social, que é o compromisso entre a palavra dita e a nossa ação humanizadora. Essa possibilidade abre caminhos para repensar a vida em sociedade, discutir sobre nosso ethos cultural, sobre nossa educação, a linguagem que praticamos e a possibilidade de agirmos de outro modo de ser, que transforme o

52 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 97.

53 Idem, *ibidem*.

54 MOURA, Maurinubia Monteiro & SANTIAGO, Maria Betania do Nascimento. Por uma formação ética e dialógica: refletindo sobre o sentido da aprovação da Lei 13.010/2014 em face dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.proealc.uerj.br/Site_VSeminario2014/trabalhos_PDF/GT%2003/Gt03%20Maurin+%C2%A6bia%20Monteiro%20de%20Moura%20et%20al.pdf. Acesso em 09/04/2020.

mundo que nos cerca. O diálogo é o pressuposto transformador para a Educação para Paz, pois:

A educação para a paz não é uma solução para o que se chama violência e prevenção de guerras, mas um modo de problematizar determinados acontecimentos e remetê-los a um conjunto de práticas sociais, econômicas, políticas, culturais, históricas, educativas, comunitárias, familiares e de jogos diplomáticos internacionais.⁵⁵

Pelo viés da comunicação e da educação como facetas igualmente importantes do ato de educar, partimos para a contextualização acerca da campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!”, passando pela Turma da Mônica e a Mauricio de Sousa Produções no contexto brasileiro e mundial e também sua importância para o universo das narrativas.

4. Cascão lava as mãos pela primeira vez para combater a infecção por coronavírus e outras iniciativas da Mauricio de Sousa produções no contexto da pandemia de COVID-19

A Mauricio de Sousa Produções

O desenhista Maurício de Sousa veio de um lar cultural. Sua mãe era letrista de músicas e seu pai possuía vários talentos artísticos, além de sua profissão como radialista e barbeiro, sendo também poeta, compositor, cronista e escritor. Já sua avó, que inspiraria a Vó Dita, do Chico Bento, era uma excelente contadora de histórias, notadamente as de assombração, incentivando Maurício a desenvolver o núcleo do Penadinho dentro do universo da Turma da Mônica posteriormente. Desde cedo, apaixonou-se pelos quadrinhos e gibis e comprava-os sempre que podia.

Tendo estas origens, Mauricio, então com 19 anos, muda-se para São Paulo para ajudar seu pai em algumas rádios da capital.

55 *La educación debe comenzar por construir unas relaciones de paz entre todos los miembros de la comunidad educativa (...). Relaciones que deben asentarse en el respeto, la reciprocidad, la aceptación incondicional de todas y todos, la confianza, la comunicación empática (saber ponerse en el lugar del otro) y la cooperación. El sistema de relaciones tanto en el aula como en el centro pasa a ser así un foco fundamental para la consecución de la convivencia democrática y pacífica.* JARES, Xesús. Educación y conflicto como retos de la educación infantil. Congreso Europeo: Aprender a ser, aprender a vivir juntos. Santiago de Compostela, 2001, p.3.

Prontamente, passa a distribuir seus desenhos em jornais paulistanos, buscando reconhecimento e uma oportunidade de trabalhar com o que realmente sonhava. Em 1954, o Jornal Folha da Manhã dava a Mauricio uma oportunidade de emprego. Ele, então, inicia sua carreira como jornalista policial, tendo como diferencial a ilustração das matérias, dando leveza aos conteúdos criminais e revelando seu talento gráfico ao público.

Com a criação dos personagens Franjinha e Bidu, abandona o jornalismo para tornar-se desenhista. Enquanto visionário, adaptou o sistema dos sindicatos americanos à realidade brasileira, e passou a distribuir suas tirinhas a vários jornais de forma simultânea, adaptando-as levemente de forma a dialogar com a realidade do veículo em questão. Foi expandindo essa distribuição e, pouco tempo depois, já estava criando três conteúdos por dia para distintos jornais e revistas. Sentiu, a partir disso, a necessidade de aumentar a equipe, inaugurando a Mauricio de Sousa Produções. Em 1960, aos 25 anos, lança sua primeira revista, a Bidu, publicada pela Editora Continental.

Ainda nos anos 1960, criava os personagens mais clássicos da Turma da Mônica, sendo o Cebolinha o primeiro do quarteto principal. Na mesma época, vieram Piteco, Horácio e Anjinho. Posteriormente, com a expansão da turma, vieram Cascão e Chico Bento, seguidos por Jotalhão, Penadinho e, finalmente, pela Mônica, em 1963. Cascão e Cebolinha foram inspirados em dois amigos do irmão de Mauricio de Sousa. Aquela que viria a ser a personagem principal, inspirada em uma de suas filhas, Mônica surgiu inicialmente como personagem secundária em uma tira do Cebolinha. Magali surgiu em 1964, instaurando um processo de aumento de personagens femininas a partir da observação de Mauricio.⁵⁶ Assim, firmava-se no mercado brasileiro a Mauricio de Sousa Produções, intimamente ligada à carreira de seu fundador, atualmente a maior produtora nacional voltada ao público infantil.

Segundo Waldomiro Vergueiro (1999), Mauricio de Sousa buscou em seus quadrinhos a universalidade de forma a ganhar o espaço anteriormente reservado apenas aos quadrinhos internacionais, notadamente dos personagens da Disney. O autor ainda pontua que, após a publicação da revista Bidu, o cartunista e sua equipe ainda teriam de esperar até os anos 1970 para serem publicados por uma grande editora, a Abril, iniciando, então, a veiculação da revista da Mônica,

56 SOUSA, Mauricio de. Mauricio de Sousa: biografia em quadrinhos. Barueri: Panini Comics, 2010.

seguida pela do Cebolinha, em 1973, do Cascão e do Chico Bento, ambos em 1982.

Criada a partir do personagem Bidu, a Turma da Mônica surge em 1959 em formato de tirinha na Folhinha, suplemento dominical do jornal paulista Folha de São Paulo. Em 1970, a Turma da Mônica propriamente dita chega às bancas de todo o país e de lá pra cá não deixou mais de ser publicada. Em 2008 os velhos personagens foram reformulados, passando a ser adolescentes, dando origem ao título Turma da Mônica Jovem.⁵⁷

De lá para cá, a Mauricio de Sousa Produções já cresceu consideravelmente, contando com publicações em língua inglesa e espanhola, tendo seus personagens como garotos-propaganda de várias campanhas publicitárias já conhecidas no imaginário brasileiro, possuindo também parques temáticos e veiculando suas histórias em diversos meios de comunicação (impressos, além de TV, cinema, redes sociais e plataformas de streaming), além da já citada nova linha de histórias, a Turma da Mônica Jovem, que dialoga com a linguagem dos mangás orientais.

Além disso, há uma faceta importante da produtora e sua atuação em causas sociais ligadas ao público infanto-juvenil. A partir do Instituto Mauricio de Sousa, criado em 2001, já são diversas as causas representadas pelos personagens da Turma. Segundo o próprio instituto, são realizados “[...] Projetos, Campanhas e Ações Sociais que estimulam o desenvolvimento humano, a inclusão social, o respeito entre as diferenças e a formação de cidadãos conscientes e conhecedores de seus deveres e direitos”.⁵⁸ Entre elas, destacamos as publicações *Um Amiguinho Diferente*, que chama a atenção para a inclusão social de crianças autistas,⁵⁹ e *A Turma da Mônica em: o Estatuto da Criança e do Adolescente*, que explica de forma lúdica e

57 MOURA SILVA, Matheus. Universos ficcionais infantis nas histórias em quadrinhos: crianças também podem criar? In: SANTOS NETO, Elydio dos; SILVA, Marta Regina P. da (Org.) História em Quadrinhos e Práticas Educativas: o trabalho com universo ficcionais e fanzines. São Paulo: Criativo, 2013, p.44-45.

58 INSTITUTO MAURICIO DE SOUSA, 2020. Disponível em: <<http://www.institutomauriciodesousa.org.br/>>. Acesso em: 21/03/2020.

59 UM AMIGUINHO DIFERENTE. Instituto Mauricio de Sousa, 2020. Disponível em: <<http://www.institutomauriciodesousa.org.br/fazendo-a-diferenca/publicacoes/um-amiguinho-diferente/>>. Acesso em: 21/03/2020.

didática os direitos e deveres do público infantojuvenil a partir desse importante marco jurídico brasileiro.⁶⁰

A preocupação com a inclusão, a diversidade e a representatividade, presente na Mauricio de Sousa Produções (MSP), extrapola o alcance do Instituto Mauricio de Sousa. Algumas das ações mais proeminentes da produtora são a atuação da personagem Mônica como embaixadora do UNICEF já há dez anos, e o projeto Donas da Rua, derivado dessa ação. Como motivação para a campanha é mencionado o perfil da personagem Mônica, que, desde os seus primórdios, “[...] mostrou que as meninas podiam ter seu espaço e que não é preciso corresponder a padrões de beleza para ser dona da rua” e, em complemento, a “[...] MSP quer usar a enorme influência de seus personagens para continuar transmitindo mensagens positivas, incentivando o respeito e a igualdade [...]”.⁶¹

Além de sua reconhecida importância, o trabalho da Mauricio de Sousa Produções está situado dentro do fascínio que as narrativas exercem sobre nós, seres humanos, em especial, sobre as crianças e os adolescentes: são as histórias que nos movem, motivam e, se usadas para o bem, educam e também protegem.

5. A Turma da Mônica e o Poder das Narrativas

As narrativas são parte importante da vida humana. A humanidade conta histórias “[...] de forma ininterrupta desde que adquiriu a fala ou mesmo antes disso, desde que aprendeu a gesticular e se comunicar”. Narrar tem vital importância no desenvolvimento da moral e da cognição⁶². Como ilustração da beleza de contar histórias, citamos a apresentação d’As mil e uma noites (2015), obra árabe que se tornou universal e nos relembra sobre a importância das narrativas para a experiência humana:

A criança e o adulto, o rico e o pobre, o sábio e o ignorante, todos, enfim, ouvem com prazer histórias [...]. A história narrada, lida, filmada, dramatizada, circula em todos os meridianos, vive em todos os

60 A TURMA DA MÔNICA EM: O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Instituto Mauricio de Sousa, 2020. Disponível em: <<http://www.institutomaucio-desousa.org.br/fazendo-a-diferenca/publicacoes/a-turma-da-monica-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 21/03/2020.

61 O PROJETO AS DONAS DA RUA. UOL, 2020. Disponível em: <<http://turmadamonica.uol.com.br/donasdarua/projeto.php>>. Acesso em: 20/04/2020.

62 COGO, Rodrigo. Storytelling: as narrativas da memória na estratégia da comunicação. São Paulo: Aberje, 2016, p. 79-80.

climas. Não existe povo algum que não se orgulhe de suas histórias, de suas lendas e de seus contos característicos. É a lenda a expressão mais delicada da literatura popular. O homem, pela estrada atraente dos contos e histórias, procura evadir-se da vulgaridade cotidiana, embelezando a vida com uma sonhada espiritualidade.⁶³

Devemos ressaltar que narrativas são construídas em um pacto colaborativo e trazem diversos pontos de vista sobre os fatos contados. São, portanto, ato coletivo, compartilhamento de perspectivas múltiplas, simultâneas ou não. Assim, a busca pelas narrativas da aproximação e do afeto são absolutamente indispensáveis e, assim, trazemos à colação as palavras de Ítalo Calvino, clamando pela necessidade premente do retorno às narrativas sensoriais. Tendo em vista que este milênio carrega consigo a pré-fabricação das imagens, estamos correndo o perigo de perder uma capacidade humana fundamental: a capacidade de pôr em foco visões de olhos fechados, de fazer brotar cores e formas de um alinhamento de caracteres alfabéticos negros sobre uma página branca, de pensar por imagens.⁶⁴

Reiteramos, assim, a importância das narrativas, notadamente para o universo lúdico, como forma de incentivar a imaginação infantil, o desenvolvimento cognitivo e o pensamento crítico. Vamos, então, focar a campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!”, protagonizada pelo personagem Cascão, nosso objeto de estudo, que dialoga de forma ampla com a importância da contação de histórias para a experiência humana, notadamente para o público infantojuvenil. Faz-se também necessário contextualizar esta e outras iniciativas da Maurício de Sousa Produções motivadas pela pandemia de COVID-19.

6. Cascão protagoniza a campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!”

A Maurício de Sousa Produções participa ativamente de ações contra a pandemia COVID-19, apresentando algumas fontes de trabalho para conscientização sobre a doença, sua profilaxia e a importância do isolamento social. A produtora abriu um portal na *internet* e uma seção em seu canal no YouTube dedicados somente

63 GALLAND, Antoine. *As mil e uma noites*. Apresentação Malba Tahan. Tradução de Alberto Diniz. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 13.

64 CALVINO, Italo. *Seis Propostas para o Próximo Milênio*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 107-108.

aos conteúdos relativos a coronavírus e que têm por objetivo “[...] ajudar fazendo o que sabe fazer de melhor: contando histórias”, com o diferencial de que, neste contexto, estas histórias, “[...] além de entreter e educar as pessoas durante o período de isolamento, também vão ajudar a orientar e a informar as famílias brasileiras”.⁶⁵ Entre as iniciativas da produtora neste cenário de pandemia, destacam-se: as maratonas de vídeos no YouTube para entreter as crianças; a gibiteca *online* e gratuita; as cartilhas preparadas em parceria com o UNICEF, protagonizadas pela Mônica (*Orientações Sobre o Coronavírus*) e pela Magali (*Como Cuidar dos Alimentos em Tempos de Coronavírus e Receitas para Preparar com a Turminha em Casa*); a música “Sem Abraço, Sem Beijinho, Sem Aperto de Mão”, que ensina de forma divertida e já conta com versões em inglês e em japonês (em uma parceria com o UNICEF Japão); e, por fim, citamos a campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!”, nosso objeto de estudo neste artigo e carro-chefe das ações da produtora neste cenário, protagonizada pelo personagem Cascão.

Cascão é um doce menino conhecido por todos como avesso a água. Por isso, é caracterizado com riscos em sua face, em alusão à sujeira, e possui como bichinho de estimação um porquinho, denominado Chovinista. Cascão é sensível e tranquilo, mas sempre se mete em confusões quando submetido à liderança de Cebolinha em seus planos “infalíveis” (mas que sempre falham) para pegar Sansão – o coelho de pelúcia e inseparável companheiro de Mônica – e tornar-se o “dono da rua”. Cebolinha é o melhor amigo de Cascão e, junto dele, de Mônica e Magali, formam os quatro principais personagens do universo de Mauricio de Sousa.

Cascão é um velho conhecido dos brasileiros e, por isso, o fato de ter lavado as mãos para a campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!”, em prevenção ao coronavírus, causou tanto impacto, tendo sido citado amplamente pela imprensa e também nas redes sociais. Ele apareceu lavando as mãos primeiramente na conta do Instagram da Turma da Mônica, no dia 27 de março de 2020. Na imagem, ele parece sorrindo ao lavar as mãos com sabonete, enquanto utiliza um banquinho para alcançar a pia.

65 JUNTOS CONTRA O CORONAVÍRUS. Turma da Mônica – UOL, 2020. Disponível em: <<http://turmadamonica.uol.com.br/juntoscontraocoronavirus/>>. Acesso em: 23/04/2020.



Figura 1 – Cascão lava as mãos na conta do Instagram da Turma da Mônica.

Posteriormente, na página da Turma da Mônica dedicada ao combate ao coronavírus, foi veiculada a historinha completa acerca deste marco. Entretanto, na ocasião, Cascão e Cebolinha fogem de Mônica, porque conseguiram fazer nós nas orelhas de Sansão. Tentando se esconder, passam pela casa de Jeremias, que os recebe usando máscara para proteção pessoal. Depois, encontram a mãe de Cascão, que o leva ao pediatra devido a uma diarreia. São mencionadas formas de contaminação por germes e suas formas de prevenção, como cuidar da higiene dos alimentos que ingerimos e lavar as mãos. Quando Cascão já está melhor, recebe seus amigos em casa para uma festa e, antes de que todos comam, a mãe de Cascão convida a todos para lavarem as mãos. Ele, então, entra na fila atrás de seus colegas, deixando-a com um ar esperançoso de que o menino finalmente irá realizar algum ato de higiene pessoal. Na capa do quadrinho, parece ter chegado a vez do menino na fila para lavar as mãos, e Cascão aparece na iminência de fazê-lo. Seu desconforto é visível pelo sorriso amarelo que dá.⁶⁶

66 LAVAR AS MÃOS SALVA VIDAS!. Turma da Mônica – UOL, 2020. Disponível em: <http://turmadamonica.uol.com.br/lavar_as_maos_salva_vidas/>. Acesso em: 23/04/2020.

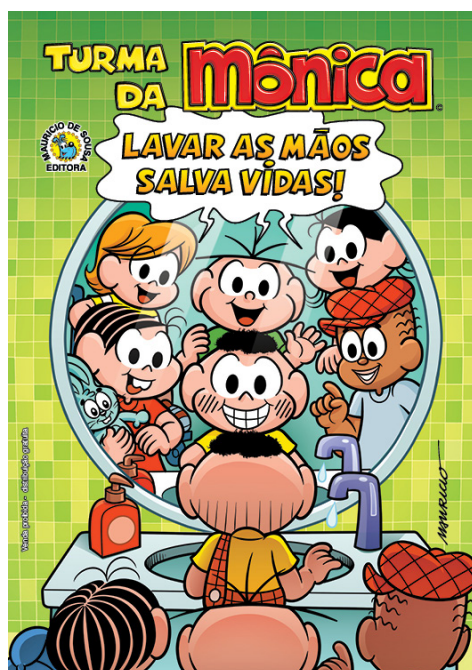


Figura 2 – Capa da história “Lavar as Mãos Salva Vidas!”.

O ato é paradigmático e impressionou muitos fãs da Turma da Mônica. Vale citar, apenas, que Cascão já foi alvo de polêmicas anteriores envolvendo sua higiene no passado. Em uma tirinha de 1964, toma um banho em homenagem ao Dia das Mães, já tendo prometido um banho também em caso de vitória do seu time (o Corinthians, se ganhasse o Campeonato Paulista em 1977) e tendo de fato se exposto à água em solidariedade aos atingidos por uma enchente no sul do país, em 1983. Em 1998, pela Editora Globo, Cascão lava as mãos em uma história e, em 2007, em publicação da nova detentora dos direitos da Turma da Mônica, a Panini Comics, é apresentada uma solução para a história de 1998. Os roteiristas explicam que, na verdade, era o Xaveco disfarçado de Cascão quem de fato lavou as mãos na ocasião.⁶⁷ Embora não tendo sido uma atitude inteiramente inédita por parte da MSP, percebe-se o padrão de que, à parte do jogo cômico e do diálogo entre as publicações de 1998 e 2007, Cascão só se expõe a água em casos extremos, em que dar o exemplo às outras crianças e ajudar o próximo são mais importantes que seu próprio

67 ANDREOTTI, Bruno. O Cascão lavou as mãos por causa do coronavírus? 2020. Disponível em <<https://quadrinheiros.com/2020/03/16/o-cascao-lavou-as-maos-por-causa-do-coronavirus/>>. Acesso em 19/03/2020.

medo. Esse exemplo ensina, encoraja, educa e comunica, tudo isso com amor.

Vamos, então, analisar as atitudes do personagem Cascão no contexto da pandemia de COVID-19, a partir de um olhar complexo e à luz das importantes contribuições de Paulo Freire, notável educador brasileiro de renome internacional; e de Edgar Morin, sociólogo, filósofo e antropólogo francês que tem como alguns conceitos-chave a complexidade, a religação dos saberes e a preocupação com a educação do futuro no contexto de incertezas.

7. “Lavar as mãos salva vidas!”: uma análise à luz de Paulo Freire e Edgar Morin

Para Paulo Freire, todo artigo cultural possui diversas razões para sua existência, fazendo parte de tramas elaboradas e devendo, portanto, ser interpretado por este viés.⁶⁸ A partir disso, iniciamos nossa análise da campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!”, no geral, e da mudança de hábitos do personagem Cascão, em específico.

Como dito, a campanha apresentou o personagem Cascão, reconhecido por sua aversão a água, lavando as mãos, que é algo, se não inédito, raro, quando pensamos no personagem. Cascão e diversos outros personagens da Turma da Mônica são amplamente populares no imaginário brasileiro, entre crianças e também adultos, o que torna seu lavar de mãos uma ação ainda mais representativa e importante.

Comunicação e educação caminham juntas. É noção indiscutível que a comunicação não violenta anda de mãos dadas com a educação para a paz, tão sonhada pela UNESCO. Neste sentido, para que a transmissão da informação em saúde ocorra de forma efetiva para os sujeitos com pouca literacia, recomenda-se o uso de informações imagéticas, com a produção de conteúdos bem delimitados, com *design* adequado e desenhados especificamente para atender às necessidades informacionais do público a quem se destina, propiciando uma melhor compreensão e retenção da informação. “[...] Os recursos gráficos de representação da informação diminuem a carga cognitiva extrínseca da memória de trabalho no processo de aprendizagem a partir de um material informacional, favorecendo, dessa forma, sua compreensão e retenção”.⁶⁹

68 FREIRE, Paulo. *Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

69 LANDIM, Laís Alpi; JORENTE, Maria José Vicentini. Literacia em saúde e aspectos cognitivos de design da informação em ambientes digitais de saúde. Encontro Nacional de

O UNICEF e seus parceiros da Aliança para a Proteção da Criança em Ação Humanitária divulgaram um conjunto de orientações, incluindo, entre outras:

- Aumentar o compartilhamento de informações sobre serviços de referência e outros serviços de apoio disponíveis para crianças.
- Fornecer apoio direcionado a centros de cuidados provisórios e famílias, incluindo famílias chefiadas por crianças/adolescentes e famílias substitutas, para apoiar emocionalmente meninas e meninos e engajá-los no autocuidado apropriado.
- Garantir que a proteção de todas as crianças seja levada em consideração nas medidas de controle de doenças.⁷⁰

Percebe-se que os treinamentos e capacitações especiais para os tempos de COVID-19 são algumas das preocupações da Agência da ONU, já que inúmeros profissionais estão na “linha de frente” e são chamados a atuar diante das emergências. Por outro lado, muitas eram as instituições sociais que em face do princípio da cooperação eram convocadas a estar em alerta diante de prováveis violências, o que reitera a importância de iniciativas comunicacionais neste contexto. Explica-se:

No campo da comunicação/educação circulam essas situações novas que encontraram sua expressão teórica mais avançada em uma compreensão da cultura como configuração histórica dos processos e das práticas comunicativas. Essas que necessitam, mais do que nunca, articular os saberes quantitativos a um conhecimento qualitativo capaz de decifrar a produção comunicativa de sentido, toda a trama de discursos que ela mobiliza, de subjetividades e de contextos, em um mundo de tecnologias midiáticas, cada dia mais densamente incorporadas à cotidianidade dos sujeitos e cada dia

Pesquisa em Ciência da Informação, n. XIX ENANCIB, 2018, p. 5454. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/103131>>. Acesso em: 12/05/2020.

70 Padrões Mínimos de Proteção da Crianças em Ação Humanitária, de 2019 (Minimum Standards for Child Protection in Humanitarian Action – CPMS), e com a Nota de Orientação: Proteção das Crianças durante Surtos de Doenças Infeciosas.

COVID-19: Crianças enfrentam risco maior de abuso e negligência em meio a medidas de contenção. Nações Unidas Brasil, 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/covid-19-criancas-enfrentam-risco-maior-de-abuso-e-negligencia-em-meio-a-medidas-de-contencao/>>. Acesso em: 24/03/2020.

mais descaradamente excludentes dos direitos das maiorias à voz e ao grito, à palavra e à canção.⁷¹

A partir disso, contextualizamos a obra e os ensinamentos de Paulo Freire, que tem como grande legado sua brilhante contribuição para uma educação popular e libertadora, sendo reconhecido como um educador de renome nacional e internacional. Possui inúmeras obras que têm como núcleo-base a denominada Educação Libertadora ou Pedagogia da Libertação, considerando pressupostos para educação de forma *lato sensu* e abrangendo os sujeitos em geral, entre eles as crianças e os adolescentes, que nos interessam no presente trabalho, as crianças e os adolescentes. O autor repensa e revisita conceitos tradicionais da Educação, reforçando seu papel para a problematização dos saberes, a releitura do Mundo e, principalmente, para o conhecimento e a comunhão de saberes pelo diálogo. Para Freire, Educação, Comunicação, Libertação, Diálogo e Cidadania estão juntos, possuem interface e se retroalimentam. Para ele, o processo educacional ocorre a partir do diálogo crítico e em consonância com o contexto no qual o educando está inserido, na ambiência de seu cotidiano, denominando este método de “universo temático”.

Para Freire, uma educação popular e verdadeiramente libertadora, se constrói a partir de uma educação problematizadora, alicerçada em perguntas provocadoras de novas respostas, no diálogo crítico, libertador, na tomada de consciência de sua condição existencial. Tal investigação Freire chamou de “universo temático”, um conjunto de “temas geradores” sobre os níveis de percepção da realidade do oprimido e de sua visão de mundo sobre as relações homens-mundo e homens-homens para uma posterior discussão de criação e recriação.⁷²

Ainda para Freire, a educação e a comunicação, se aliadas, poderão resgatar a consciência e a autonomia, concluindo que, “edu-

71 MARTÍN-BARBERO, Jesus. Prefácio. BACCEGA, Maria Aparecida. Comunicação e linguagem. Discursos e ciência. São Paulo: Moderna, 1998.

72 LINHARES, Luciano Lempek; FREIRE, Paulo. Por uma educação libertadora e humanista. In: VII CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, EDUCERE. 2008. p. 10142.

cação é comunicação, é diálogo [...]”.⁷³ Ademais, o conceito de diálogo para Paulo Freire é de extrema importância, pois considera a natureza social do ser humano e dialoga com direitos fundamentais, notadamente do público infantojuvenil, foco deste artigo, como o Direito à Comunicação. Freire reitera, ainda, a importância do amor como condição para o diálogo e, conseqüentemente, para a educação, e explica: “[...] se não amo o mundo, se não amo a vida, se não amo os homens, não me é possível o diálogo”.⁷⁴ Assim:

O diálogo é o encontro entre os homens, mediatizados pelo mundo, para designá-lo. Se, ao dizer suas palavras, ao chamar ao mundo, os homens o transformam, o diálogo impõe-se como o caminho pelo qual os homens encontram seu significado enquanto homens, o diálogo é, pois, uma necessidade existencial.⁷⁵

Diálogo e amor são, então, conceitos freirianos intimamente ligados à construção de autonomia e cidadania, fazendo parte de uma educação dialógica. Esse dialogismo constrói cidadania, relações de respeito e educação libertadora, colocando a criança e o adolescente como sujeitos de sua existência. Acreditamos, então, que o exemplo de Cascão possui elementos que corroboram para uma educação emancipadora, a partir de sua narrativa carregada de afeto e responsabilidade social. A preocupação de Freire, ainda, com a relação próxima entre educação e comunicação, que leva em conta as diferenças, dialoga com a comunicação inclusiva da Mauricio de Sousa Produções de forma geral, a partir dessa e de outras iniciativas que desenvolve no campo da responsabilidade social.

Já no que tange aos ensinamentos de Edgar Morin, o autor chama a atenção para o conceito de solidariedade, fruto do pensamento em sua totalidade, já que, por este viés, “[...] tudo é solidário. Se tendes o sentido de complexidade tendes o sentido de solidariedade”.⁷⁶ Aplicado à educação, Morin explica:

73 FREIRE, Paulo. *Extensão ou comunicação?* 9ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 46.

74 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 80.

75 FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação – uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. 4ª ed. São Paulo: Moraes, 1980, p. 82.

76 MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 99-100.

Deve contribuir para a autoformação da pessoa (ensinar a assumir a condição humana, ensinar a viver) e ensinar como tornar cidadão. Um cidadão é definido, em uma democracia, por sua solidariedade e responsabilidade em relação a sua pátria. O que supõe nele o enraizamento de sua identidade nacional.⁷⁷

Morin, ao observar a tendência dos sistemas ao caos, ou seja, à entropia, de acordo com segundo o princípio da termodinâmica, em contraposição ao cientificismo e ao positivismo da pesquisa científica, aponta, de forma paradigmática, uma nova via, um novo olhar, a partir do qual a complexidade seria valorizada como parte de todos os sistemas, tenso sua beleza e importância reconhecidas, aceitando a natureza entrópica dos fenômenos a fim de entendê-los em seus diversos aspectos e particularidades.

No contexto da complexidade, Morin chama atenção para a relação próxima entre inteligência e afetividade, sendo a emoção, a empatia e o amor fatores que potencializam a educação. Além disso, aponta a necessidade de enfrentamento das incertezas, pois vivemos em tempos incertos, e essa habilidade deve fazer parte da educação. Nossos tempos são marcados por vertiginosas mudanças e devemos estar prontos para nos transmutarmos junto com elas. Na experiência humana, navegamos em um “oceano de incertezas”, entre “arquipélagos de certezas”.⁷⁸ E, neste sentido, as ações para minimizar o impacto de tantas reviravoltas na percepção de crianças e adolescentes fazem parte do nosso papel, enquanto sociedade, de oferecer esses pequenos conjuntos de certezas para ajudá-los a se desenvolverem, visando o cuidado integral, e buscando a interface com a afetividade, de forma a potencializar a comunicação e a educação.

Percebemos os conceitos de Morin, à semelhança dos de Paulo Freire, em profunda simbiose com a campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!”. Vemos a responsabilidade social de uma empresa em transformar seu agir comunicativo em prol de algo muito maior: a conscientização de crianças para um assunto de interfaces globais, a pandemia do coronavírus. Ao transformar o ritual de Cascão, personagem lendário por não ser amigo da água, a Maurício de Souza Produções faz valer em sua total inteireza o princípio da solidariedade, e

77 MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 65.

78 MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 91.

na condição de sociedade, faz sua parte e irradia efeitos não só para crianças e adolescentes, mas, também, por toda a ambiência na qual está inserida. Cascão e sua mudança de hábito certamente constituem um respiro, algo para acreditar, se engajar, encontrar afetividade e no qual se inspirar, em meio ao vórtex de incertezas dos nossos tempos. Por fim, as iniciativas da Mauricio de Sousa Produções também possuem um papel preponderante na formação social do cidadão e sua autoformação, essenciais para que crianças e adolescentes cresçam e se tornem protagonistas de suas próprias vidas e agentes de transformação,⁷⁹ contribuindo para a expansão da cidadania à coletividade.⁸⁰ E, neste cenário, o fluxo informacional deve ser considerado como elemento-chave para o exercício da cidadania e desenvolvimento do espírito.⁸¹

8. Considerações finais

Desta maneira, percebemos, a partir dos conceitos de Paulo Freire e Edgar Morin diferentes aspectos da campanha “Lavar as Mãos Salva Vidas!” e da mudança de hábitos do personagem Cascão no que tange à higiene das mãos. Identificamos diferentes facetas destas iniciativas, que dialogam com a educação em contexto de incertezas, o amor e o diálogo na educação, além da relação íntima desta com a comunicação. A partir disso, temos o Direito à Comunicação de crianças e adolescentes posto em prática, configurando-se como ainda mais essencial em um cenário de incertezas, como a pandemia de COVID-19.

Vemos com clareza a possibilidade do exercício de cidadania de crianças e adolescentes a partir desta campanha e do exemplo de Cascão. Vemos o público infanto-juvenil não ser subestimado, tendo a possibilidade de aprender, exercer o pensamento crítico e contribuir para sua autoproteção, ao estar munido de comunicação dialógica e afetiva que pode, ademais, contribuir para sua proteção e segurança contra a doença. Vemos, por fim, os conselhos de Paulo Freire e Edgar Morin para uma comunicação dos novos tempos, complexa, afetiva, solidária e cidadã, colocados em prática em uma campanha de alcance nacional e internacional.

79 GIDDENS, Anthony. A constituição da sociedade. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25.

80 COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é cidadania. São Paulo: Brasiliense, 1998, p. 9.

81 PAIVA, Raquel. O espírito comum: Comunidade, mídia e globalismo. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 157.

9. Referências bibliográficas

- Andreotti, Bruno. O Casão lavou as mãos por causa do coronavírus? 2020. Disponível em <<https://quadrinheiros.com/2020/03/16/o-cascao-lavou-as-maos-por-causa-do-coronavirus/>>. Acesso em 19/03/2020.
- A Turma Da Mônica Em: O Estatuto Da Criança E Do Adolescente. Instituto Mauricio e Sousa, 2020. Disponível em: <<http://www.institutomauriciodesousa.org.br/fazendo-a-diferenca/publicacoes/a-turma-da-monica-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 21/03/2020.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 06/02/2020.
- Calvino, Italo. Seis Propostas para o Próximo Milênio. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- Cogo, Rodrigo. Storytelling: as narrativas da memória na estratégia da comunicação. São Paulo: Aberje, 2016.
- COVID-19: Crianças enfrentam risco maior de abuso e negligência em meio a medidas de contenção. Nações Unidas Brasil, 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/covid-19-criancas-enfrentam-risco-maior-de-abuso-e-negligencia-em-meio-a-medidas-de-contencao/>>. Acesso em: 24/03/2020.
- Covre, Maria de Lourdes Manzini. O que é cidadania. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- Freire, Paulo. Conscientização: teoria e prática da libertação – uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. 4ª ed. São Paulo: Moraes, 1980.
- Freire, Paulo. Pedagogia do oprimido. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- Freire, Paulo. A importância do ato de ler: em três artigos que se completam. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1986. (Coleção polêmicas do nosso tempo; 4)
- Freire, Paulo. Extensão ou comunicação? 9ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- Freire, Paulo. Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.
- Galland, Antoine. As mil e uma noites. Apresentação Malba Tahan. Tradução de Alberto Diniz. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.
- Giddens, Anthony. A constituição da sociedade. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Instituto Mauricio De Sousa, 2020. Disponível em: <<http://www.institutomauriciodesousa.org.br/>>. Acesso em: 21/03/2020.
- Jares, Xesús. Educación y conflicto como retos de la educación infantil. Congreso Europeo: Aprender a ser, aprender a vivir juntos. Santiago de Compostela, 2001.
- Juntos Contra O Coronavírus. Turma da Mônica - UOL, 2020. Disponível em: <<http://turmadamonica.uol.com.br/juntoscontraocoronavirus/>>. Acesso em: 23/04/2020.
- Landim, Laís Alpi; Jorente, Maria José Vicentini. Literacia em saúde e aspectos cognitivos de design da informação em ambientes digitais de saúde. Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação, n. XIX

- ENANCIB, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/103131>>. Acesso em: 12/05/2020.
- Lavar As Mãos Salva Vidas!. Turma da Mônica – UOL, 2020. Disponível em: <http://turmadamonica.uol.com.br/lavar_as_maos_salva_vidas/>. Acesso em: 23/04/2020.
- Linhares, Luciano Lempek; Freire, Paulo. Por uma educação libertadora e humanista. In: VII Congresso Nacional De Educação, EDUCERE. 2008.
- Martín-Barbero, Jesus. Prefácio. Baccega, Maria Aparecida. Comunicação e linguagem. Discursos e ciência. São Paulo: Moderna, 1998.
- Morin, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- Morin, Edgar. A cabeça bem feita. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- Morin, Edgar. Introdução ao Pensamento Complexo. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- Moura, Maurinubia Monteiro & Santiago, Maria Betania do Nascimento. Por uma formação ética e dialógica: refletindo sobre o sentido da aprovação da Lei 13.010/2014 em face dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.proealc.uerj.br/Site_VSeminarario2014/trabalhos_PDF/GT%2003/Gt03%20Maurin+%C2%A6bia%20Monteiro%20de%20Moura%20et%20al.pdf>. Acesso em: 09/04/2020.
- Moura Silva, Matheus. Universos ficcionais infantis nas histórias em quadrinhos: crianças também podem criar? In: Santos Neto, Elydio dos; SILVA, Marta Regina P. da (Org.) História em Quadrinhos e Práticas Educativas: o trabalho com universo ficcionais e fanzines. São Paulo: Criativo, 2013.
- #MSP: JUNTOS CONTRA O CORONAVÍRUS. Turma da Mônica – YouTube, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PLiWDtUL5RzUmXek9HItRW1SwCBgTriVvI>>. Acesso em: 23/04/2020.
- Oeyen, Victor van; LIMA, Paulo; Salaimen, Graciela. A Campanha CRIS. Revista do Terceiro Setor. Extraído do texto “A Cúpula Mundial de 2003: a Sociedade Informacional”. São Paulo: RITS, junho de 2002. Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação Universidade Federal de Juiz de Fora.
- O PROJETO AS DONAS DA RUA. UOL, 2020. Disponível em: < <http://turmadamonica.uol.com.br/donasdarua/projeto.php>>. Acesso em: 20/04/2020.
- Paiva, Raquel. O espírito comum: Comunidade, mídia e globalismo. Petrópolis: Vozes, 1998.
- Sarmiento, Manuel Jacinto. Crianças: educação, culturas e cidadania activa refletindo em torno de uma proposta de trabalho. São Carlos, v. 23, n. 1, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/article/view/9857>>.
- Sousa, Mauricio de. Mauricio de Sousa: biografia em quadrinhos. Barueri: Panini Comics, 2010.
- Turma Da Mônica. Turma da Mônica – UOL, 2020. Disponível em: < <http://turmadamonica.uol.com.br/home/>>. Acesso em: 20/04/2020.

- Um Amiguinho Diferente. Instituto Mauricio de Sousa, 2020. Disponível em: <<http://www.institutomauriciodesousa.org.br/fazendo-a-diferenca/publicacoes/um-amiguinho-diferente/>>. Acesso em: 21/03/2020.
- Vergueiro, Waldomiro. A odisséia dos quadrinhos infantis brasileiros: Parte 2: O domínio de Maurício de Sousa e a Turma da Mônica. Revista Açaquê, v. 2, n. 2, 1999.
- Vídeo Da Turma Da Mônica ‘Sem Abraço, Sem Beijinho E Sem Aperto De Mão’ Ganha Versões Internacionais. Jornal O Vale, 2020. Disponível em: <https://www.ovale.com.br/_conteudo/viver/2020/05/102861-video-da-turma-da-monica--sem-abraco--sem-beijinho-e-sem-aperto-de-mao--ganha-versoes-internacionais.html>. Acesso em: 01/05/2020.

Alcances y desafíos en la intervención interdisciplinaria con la niñez y adolescencia en contexto de Violencia de Género

*Karina Noelia Ojeda*⁸²

1. Marco teórico

Para poder explicar a la luz de las teorías el presente documento se inicia con el análisis de como un sistema patriarcal responde a construcciones históricas de dominación demarcando roles, funciones y estereotipos constituyendo esto una naturalización en la vida cotidiana, pero también al final se toman las palabras de Rita Segato para poner en tensión “lo cultural” en términos de construcción histórica.

Nancy Fraser (1990), analiza el subtexto de género en el modelo teórico propuesto por Habermans (s.f) en teoría crítica de la sociedad, no pudiendo, esta teoría, dar cuenta del modo en que la estructura institucional dicotómica de las esferas publico/privado del capitalismo clásico involucra necesariamente la producción de sujetos generizados masculinos y femeninos que asuman identidades sociales y prácticas diferenciadas según una específica división sexual del trabajo.

Género es una categoría analítica que pretende dar cuenta de cómo representaciones dominantes, hegemónicas organizan el mundo de la sexualidad, de los afectos, de los roles sociales y de la personalidad.

Si tomamos a Grimson (2011) quien hace un análisis del concepto de Cultura y la dialéctica de la diversidad, planteando que actualmente hay personas e instituciones que aún persisten en clasificar en culto e inculto a aquello que se caracteriza como diferente, muchas veces sustentando esta diferencia en subordinación, lleva a poder plantear un sistema patriarcal donde se instalan patrones culturales ya que en términos de Grimson afirma que lo cultural se aprende en la vida social.

82 Integrante del equipo Interdisciplinario del Juzgado de familia-Fuero Civil de la Pcia del Chaco. Vicepresidenta del Colegio Profesional de Trabajo Social del Chaco.

Rita Segato (2010), realiza un análisis de la categoría género enunciando que en la década del 30 Margaret publico *Sexo y temperamento* en tres sociedades milanesias (Mead 1935) inaugura una vertiente donde se instala la construcción cultural del género y se caracterizó por la propuesta de relativizar el género en una construcción binaria. En la década de los 70 surgen documentos dando cuenta de la tendencia universal de la subordinación de la mujer en las representaciones culturales. En el mismo texto menciona a Michel Rosaldo (1974) donde sitúa la jerarquía oriunda de la separación de los trabajos de la mujer y el hombre en las esferas doméstica.

Además Segato (2018) sostiene que es importante no considerar la cuestión del género fuera o alejada del contexto, es decir no es solamente una cuestión de relación binaria, sino que esas relaciones se producen en un contexto determinado. Realiza el señalamiento que lo patriarcal históricamente ha instalado un ordenamiento de la vida regido por la asimetría del género, por cuanto podría decirse que este orden jerárquico de género es cultural porque emana de normas culturales, en este sentido es que la autora señala en términos de trampas en la explicación cultural dejando así entrever alguna forma estabilizada de normalidad.

Para situar la perspectiva se toma una perspectiva feminista, la cual da cuenta que las raíces de la violencia se ubican en el contexto social estructural de múltiples opresiones por razón de género, etnias y otras desigualdades sociales, para lo cual también es necesario poner en relieve los dictados culturales patriarcales de dominio y superioridad de los hombres sobre las mujeres.

Para situarnos desde la Teoría del Empoderamiento partimos de la base de que es el “proceso por medio del cual las mujeres incrementan su poder y capacidad de configurar sus propias vidas para alcanzar cambios personales, sociales y políticos de forma que satisfagan sus necesidades y las de otros”. (Schuler, 1997), tomándolo desde un mirada de la disciplina del Trabajo Social, la propuesta desde la dimensión teórico-referencial se posiciona desde la teoría del empoderamiento ya que toma la emancipación como efecto por el cual se transcurre luego de un proceso que se realiza con el propio sujeto, es por ello que hay que pensar la emancipación desde un enfoque crítico ligada con la epistemología colonizadora.

Parsons, Gutierrez y Cox (1998) distinguen tres niveles de poder en la práctica del empoderamiento: el personal, que definen como el sentimiento y la percepción sobre la habilidad que tienen las personas para influenciar y resolver los asuntos propio; el interpersonal,

que se refiere a las experiencias con otros que facilitan la solución y el ambiental que se refiere a las instituciones que pueden facilitar u obstaculizar estos esfuerzos.

En este sentido incorporo la categoría de Vida Cotidiana, partiendo de la conceptualización que realiza Heller Agnes “como al conjunto de actividades que caracterizan la reproducción de los hombres particulares, los cuales, a su vez, crean la posibilidad de la reproducción social” podemos situar a ese hombre particular en una cotidianeidad situada donde los hechos sociales más comunes adquieren una forma singular de ser vivida y transmitida por los sujetos particulares. En cada familia en su práctica cotidiana vehicula normas, valores y sistemas sociales de representación, desde donde construye su mundo, sus modos de interacción.

En cuanto a la categoría de Familia podemos decir que la intervención con familia nos interpela permanentemente ya que pensar en la conceptualización es pensar en una categoría, dinámica, heterogénea y cambiante. Esta interpelación como profesionales de ciencias sociales es la de estar atentos a estos cambios y como se reproducen en lo particular y social del sujeto, por ello pensar en un concepto de familia resulta complejo ya que es un concepto que va reforzando su propia polisemia. Podría pensarse en la familia como el escenario en donde el sujeto se reproduce, construye su subjetividad, mediante lazos consanguíneos o no. Es aquí donde se conforman y desarrollan roles que tiene su repercusión en la vida cotidiana del sujeto, mediante una organización social, con una estructura de poder con componentes ideológicos y afectivos, donde también se manifiestan bases estructurales de conflicto y lucha. No se puede obviar la resistencia entre actor social individual o como integrante de una familia; entre autonomía y libertad de las personas que como sujetos plantean demandas y las exigencias del grupo como tal (Ferrerero y Cabrera, 2017, p 79).

2. Metodología

El presente trabajo parte de la idea fuerza de poder repensar practicas judiciales de las disciplinas llamadas auxiliares en el proceso, lo cual no respondería en principio a un proceso de Investigación, tomando así como guía la metodología de sistematización ya que se trata de una metodología cualitativa propia de las Ciencias Sociales que se diferencia por partir de la intervención en lo social, de la experiencia, de la práctica.

Citando a Paula Meschini (2018) podemos decir que la sistematización es entendida como un proceso de recuperación y apropiación de una intervención social...que en el marco de un enfoque hermenéutico-crítico posibilitando dar respuestas a la interpelación de las experiencias, la puesta en dialogo en un trama conceptual a modo de marco teórico y desde una determinada manera de leer la realidad.

La propuesta de incorporar un proceso de sistematización es a los fines de que permita que a partir de reflexión se problematicen diferentes dimensiones de la intervención contribuyendo a la construcción de herramientas que permitan entender y transformar la realidad. Por cuanto desde una posición no conservadora en lo político y no positivista en lo metodológico contribuye a una construcción social del conocimiento a partir de la reflexión de los significados que interjuegan en el entramado social y contribuye a una comprensión integral de nuestra intervención profesional.

Además posibilita en un diálogo permanente entre lo teórico y lo práctico, en este caso en el contexto de los Equipos Interdisciplinarios de los Juzgados de Niñez, adolescencia y familia de fuero Civil.

Las técnicas que se instrumentan son observación participante, registro, análisis de documentos, revisión bibliográfica. La documental que se analiza se la resignifica a la luz de la problemática y de la teoría propuesta.

3. Desarrollo del tema

A modo de contextualización el escenario en que se desarrolla el presente análisis es el campo jurídico, más específicamente el Fuero de Familia. La justicia en materia de Familia, interviene en las problemáticas originadas en las relaciones entre los miembros, cuando estas no pueden superar sus crisis con sus propios recursos y redes de relación siendo necesaria la intervención de un tercero, en este caso una institución normativa que regule el momento de crisis y reorganización. En la provincia del Chaco, en el año 1997 se dicta la Ley 4369 “Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia”, sentando las bases para la conformación de Juzgados con competencia en Familia, tanto en fueros civiles como penales.

En estos procesos la participación de las disciplinas no jurídicas es incorporada para realizar una interpretación, con el sustento del marco teórico metodológico en el que se posiciona cada profesional, de la situación familiar.

Cabe recordar, que los años 90 fueron los años de la judicialización de la pobreza en el contexto del neoliberalismo y de un Estado mínimo que privatizó el destino de los niños; a la vez comenzaron a configurarse, en este marco y bajo el paradigma del patronato, otras voces, relacionadas con un espacio de lucha y defensa de los derechos de la infancia

Así es que la política vigente en la que se enmarca la experiencia responde a las llamadas a las Políticas de Niñez, Adolescencia y Familia. Con la sanción de la Ley Nacional N° 26061 de Protección Integral de Derechos de NNA inaugurándose una nueva etapa en la historia de la infancia de nuestro país que pone fin a casi cien años de patronato. A partir de la aplicación de esta norma, la niñez y adolescencia dejan de ser entendidos como objetos bajo la tutela del Estado para pasar a ser reconocidos como sujetos de pleno derecho.

El principal objetivo de las políticas implementadas por estos organismos consiste en fortalecer a la familia, entendiéndola como base para un desarrollo humano sustentable y como espacio afectivo fundamental para el crecimiento de la niñez, las acciones están dirigidas a proteger los derechos de la niñez que atraviesan situaciones críticas a nivel familiar, social, jurídico o económico (víctimas de violencia, trata, tráfico y trabajo infantil) promoviendo y fortaleciendo la permanencia en su ámbito familiar y comunitario.

A fines del año 2012 en la Provincia del Chaco se sanciona la ley 2086-C (antes 7162) estableciendo el Sistema de Protección Integral de NNA y en Febrero del 2019 Sanciona con fuerza de Ley Nro. 2950-M. CÓDIGO PROCESAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE LA PROVINCIA DEL CHACO. Entre los preceptos generales del Código se determina: “El proceso de familia debe respetar el debido proceso y, en especial, asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos. Los jueces tienen el deber de prevenir y sancionar todo apartamiento de la buena fe y lealtad procesal, y de dirigir el proceso para asegurar su observancia, evitando los abusos procesales. Rigen en el trámite los principios de oficiosidad, oralidad, intermediación y acceso limitado al expediente”. “se consideran personas en situación de vulnerabilidad aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” Entre los principios rectores también se establece que “los jueces de Niñez, Adolescencia y Familia deben ser especializados y los juzgados deberán contar con un equipo inter-

disciplinario” y que “la decisión que se dicte en un proceso en el que están involucrados derechos de la niñez y adolescencia, debe tener en cuenta su interés superior”.

En este proceso la demanda de intervención es directa en función a una situación por resolver jurídicamente. Muchas veces, en los procesos, las demandas se traducen directamente, ya que el contacto con la vida cotidiana construye espacios de intercambio con las y los sujetos. En estos procesos de construir la demanda es que surge la lucha de interpretar la necesidad (Aquin, 2013) en estos espacios los planteos surgen expresando necesidades más del orden de lo simbólico, develando que interpretaciones y/o significaciones dan los propios sujetos a su demanda planteada desde lo discursivo y como sujeto históricos-sociales, interpretación que pueda atravesar un escrito de carácter jurídico-legal.

El análisis de la intervención como campo problemático está centrado en la dinámica contradictoria que se genera en la relación sujeto-necesidad como expresión primordial de la cuestión social. Particularmente en el presente desarrollo los sujetos se encuentran en la etapa de la niñez y/o adolescencia que se encuentran en un contexto de violencia por razones de género.

Las causas caratuladas de Violencia familiar, son tramitadas en la Secretaria Socio-asistencial del Juzgado en turno, como parte de la prueba (no vinculante) solicitan un “informe integral” “informe in-situ” “informe socioambiental” para determinar los daños psíquicos y situación de riesgo de la causante y de sus hijos e hijas.(sic) El abordaje interdisciplinario se centra en poder establecer un vínculo con entrevista en profundidad con equipos conformados al menos de dos disciplinas, en el caso de determinar la existencia de hijos e hijas en el contexto familiar son integrados al “proceso de evaluación” con el mismo subequipo de profesionales manteniendo en el 90% de los casos entrevistas en profundidad (en el resto las disciplinas de la Psicología y Psicopedagogía aplican test).

Para la mayoría de esta población esta entrevista constituye el primer espacio que una persona ajena a su círculo de vida indaga sobre sus sentir y pensar respecto de lo que percibe como íntimo y privado sobre la construcción de familia que realizó en su trayectoria vital, cobrando significado en ello el contexto de violencia en el que se encuentra. En la niñez no se deja de observar como reflejan físicamente la angustia a la hora de relatar, en un espacio físico ajeno a su contexto, las situaciones de violencia de las que son testigos por lo tanto víctimas también.

Para las y los adolescentes se observan situaciones en las que muchas veces asumen un rol protector/a hacia su progenitora y/o son el elemento movilizador para las mujeres en poder decidir hacer la denuncia ya que la agresión que por años ellas eran víctimas se trasladada a sus hijas e hijos, conformando el mapa de entrampamiento.

La preocupación de las intervenciones radican en que muchas veces el proceso para poder establecer un vínculo se ve afectado por varios factores entre los que se mencionan: espacio de gabinete no acorde a una entrevista con la niñez y adolescencia constituyendo un obstáculo de carácter edilicio; el cúmulo de tarea (en la cual también el profesional se encuentra en la categoría de asalariado teniendo otras normativas que cumplimentar) y la necesidad no solo de responder en tiempo y forma, por los tiempos procesales, sino que impera la urgencia de que se puedan adoptar medidas proteccionales en la temática. Entonces se aborda la tarea en una constante dicotomía cuali-cuantitativa intentando responder con eficacia y eficiencia, pero los obstáculos son los elementos que rodean esa variable.

En este proceso es fundamental el posicionamiento, de las y los profesionales, desde la dimensión ético-política ya que con su saber interpretativo puede no solo interpelarse sino que además interpelar a otros sujetos profesionales que intervienen, generando nuevos interrogantes, pero aquí se puede observar de acuerdo con las intervenciones que se realizaron es que esa interpelación no es capitalizada en un espacio de construcción que permita el análisis y aporte nuevas miradas, sino que queda determinado a voluntad e interés del o la profesional en un breve espacio de articulación con otra disciplina.

El Informe profesional es un documento escrito donde debería registrar, valorar e interpretar los elementos y categorías tenidas en cuenta en el proceso evaluativo, por cuanto el rigor científico y la vigilancia epistemológica no deben estar ausentes, ya que en el campo jurídico constituye una herramienta no vinculante para la toma decisiones que se realicen en relación con el/la justiciable. Es por ello que asumir la responsabilidad de la connotación que adquiere el informe profesional en la vida de las personas es una responsabilidad y demanda ético política permanente como profesionales.

El Informe profesional es una herramienta que legitima nuestra intervención y el marco teórico metodológico que atraviesa esta, ya que debe dar cuenta de la interpretación teórica que se realiza, teniendo en cuenta el objetivo de dicho informe y los destinatarios de est, evitando que sea una simple descripción de hechos y situaciones,

dando así “permiso” a otros actores en el proceso a interpretar aquello que se informa.

Este documento no solo da cuenta de la situación con la cual se interviene sino que además da cuenta de la propia acción profesional, haciendo visible las posiciones que fundamenta esa intervención.

La necesidad de otras miradas e interacciones con otras disciplinas, es parte de reconocer un no saber y que es aportado por un “otro/a”, una instancia posibilitadora donde se conjugan lo jurídico y psicosocial que tiene por objetivo generar un espacio de profundización epistemológica a través de un proceso interventivo de los distintos saberes.

Es necesario rescatar que los obstáculos mencionados pueden constituir en algunos casos un abordaje inadecuado por parte de los funcionarios involucrados en la atención de la niñez y adolescencia corriendo con el peligro de que el mismo sistema, ese que debe protegerlo/as genere consecuencias dañinas en el desarrollo de sus vidas. Es indispensable tener en cuenta factores como como la edad, el sexo/género, discapacidad, para configurar el interés superior de la niñez y adolescencia, que comprende la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad. Para ello la condición de la niñez y adolescencia como sujetos de derecho; la opinión de ellos y ellas en todo momento y la prioridad de sus derechos e intereses frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos son fundamentales para poner en relieve su condición de sujetos de derecho.

Otra variable a tener en cuenta es especialmente garantizar a la niñez y adolescencia víctimas de violencia es la eficacia de las medidas solicitadas para su resguardo. Una de las medidas tomadas en el proceso es la exclusión del hogar, pero particularmente es necesario mencionar la revictimización que produce cuando la mujer víctima de violencia y sus hijos e hijas deben abandonar el hogar, al margen de la necesidad del resguardo, para la percepción de la niñez y adolescencia configura un desarraigo de su espacio vital siendo fundamental, en esta constitución subjetiva, la contención de espacios terapéuticos que le permitan reconstruir el proceso que vivencia, resaltando que el espacio del Equipo Interdisciplinario, que nos ocupa en el presente, solo constituye una instancia diagnóstica, siendo relevante en el proceso la herramienta de articulación interinstitucional efectiva.

Todos estos entramados y complejidades muchas veces no son visibles en el documento de un Informe Profesional, no pudiendo poner en valor todo lo que implica una intervención que va más allá de categorizar una situación de riesgo o no.

4. Reflexiones finales y referencias

Si bien no se profundiza en las técnicas/herramientas de intervención utilizadas en los procesos de evaluación, las cuales merecen un debate disciplinar e interdisciplinar en profundidad, se optó por rescatar elementos que cobran significados para las y los sujetos en un contexto de violencia por razón de género y su trayectoria por las instituciones, y sus alcances y desafíos en el escenario Judicial de la intervención interdisciplinaria. Los puntos de tensión que atraviesan estos procesos interventivos podríamos pensarlo como aportes permanentes a la reflexión y evitar el estancamiento epistemológico.

- Revisión y tensión permanente de nuestra intervención como sujetos que conforman la producción y reproducción de la vida cotidiana creando así la posibilidad de la reproducción social
- La responsabilidad ético política que, basándose en la clave emancipadora, debe articular su conocimiento y acción a un proyecto profesional, reconstruyendo críticamente su objeto pre construido socialmente y estableciendo rupturas a patrones hegemónicos que estructuran comportamientos sociales que se impregnan en la cotidianeidad de las prácticas sociales, sobre todo en el abordaje con familias.
- Tener presente la perspectiva de género en la intervención y en la interpretación de la información, esto permitirá un análisis desde el entramado cultural y sus relaciones de poder, valorando elementos más allá de procesos subjetivos que desarrolla la persona y asumiendo el carácter social de la violencia por razón de género y no desde un análisis individual de las mujeres.
- Resulta fundamental recibir el relato de la niñez y adolescencia por única vez evitando la revictimización lo cual debe constituirse en política institucional y no solo en un posicionamiento profesional.
- Continuar reflexionando acerca del acceso a la justicia para la población vulnerable, la Justicia como entramado cultural de reproducción de estereotipos, la justicia restaurativa y una Justicia con mirada hacia los territorios a través de redes comunitarias.

- Al existir un proceso de abordaje instalado institucionalmente es necesario pensar la construcción de un Protocolo de abordaje en la evaluación de la niñez y adolescencia acompañado de una decisión política institucional por parte del sistema judicial.
- Es necesario encontrar la balanza entre lo social importante y lo jurídico urgente, no siendo uno diferente del otro, ya que somos profesionales de “lo social” pero también agentes de derecho que garantizan “lo social”.
- Pensar las evaluaciones desde una mirada de la Justicia como parte de un nivel de poder en la toma de decisiones en asuntos públicos y privados que acompañen el proceso de empoderamiento de las mujeres.
- Como profesionales del sistema judiciales asumir la responsabilidad como actores políticos que interpretan para la sociedad al momento de intervenir una perspectiva judicial como parte de un Estado de derecho.

Bibliografía

- Aquín, N. (2013) “Intervención Social, distribución y reconocimiento en el posneoliberalismo”. Reflexión de Trabajo Social. *Revista Debate Público*, Año 3 N° 5. Buenos Aires.
- Héller Agnes. *Historia y Vida Cotidiana*, Colección Enlace. Ed Grijalbo.
- Cabrera, Zulma y Ferrero, Griselda (2017) “Trabajo Social y Familias. Modos de ver, entender y compartir la relación”. Ponencia en las IX Jornadas de Investigación, Docencia, Extensión y Ejercicio Profesional “Transformaciones sociales, políticas públicas y conflictos emergentes en la sociedad argentina contemporánea”.
- Fraser, Nancy (1990) “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión del género” en: Benhabib, Seyla y Cronell, Drucilla (eds.) *Teoría feminista y teoría crítica*. Traducción de Ana Sánchez, Valencia, Ed. Alfons el Magnánim
- Grimson, A. (2011) *Los límites de la cultura*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno. Cap. 1: “Dialéctica del culturalismo”.
- Gutierrez, LM; Parsons, RJ y Cox, E (1998). *Empowerment in social practice: A sourcebook*. Boston, Pacific Grove: Brooks/Cole Publishing Co.
- Meschini, P. (2018) *Sistematización de la Intervención en Trabajo Social. Experiencias y fundamentos para un debate por el pensar-hacer en Ciencias Sociales*.
- Schuler, S. (1997) “Los derechos de las mujeres son derechos humanos: la agenda internacional del empoderamiento” en M. León, *Poder y empoderamiento de las mujeres*. (págs. 29-54). Bogotá: Tercer Mundo.
- Segato, R. 2010. “La invención de la naturaleza: familia, sexo y género en la tradición religiosa afrobrasileña”. En: *Las estructuras elementales de la*

violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Buenos Aires, Prometeo.
Segato, R (2018) *Contra-pedagogías de la crueldad*, Buenos Aires, Prometeo.

Las interpretaciones de la norma en el abordaje de situaciones de vulneración de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

*Marina Almada⁸³, Natalia Juárez⁸⁴,
Lina Pérez⁸⁵ y Romina Ponte⁸⁶*

Partimos de entender la Investigación como “...la actividad básica de la Ciencia en su indagación y construcción de la realidad. Es la investigación la que alimenta la actividad de enseñanza y la actualiza frente a la realidad del mundo. Por lo tanto, aunque sea una práctica teórica, la investigación vincula pensamiento y acción. O sea, nada puede ser intelectualmente un problema si no hubiera sido, en primer lugar, un problema de la vida práctica. Las cuestiones de la investigación están, por lo tanto, relacionadas a intereses y circunstancias socialmente condicionadas. Son frutos de determinada inserción en lo real, encontrando en él sus razones y sus objetivos” (De Souza Minayo, 2003).

La pregunta problema que guía el Proyecto de Investigación es acerca de poder comprender *¿cuáles son las interpretaciones de la norma en el abordaje de situaciones de vulneración de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes?*

Es bajo esta pregunta, que se inicia el proceso de reconstrucción del Servicio Local de la Ciudad de Rosario, reconstrucción que se sitúa en el análisis de su decreto de creación, en tanto mandato originario y en la voz de los y las profesionales que lo componen (Psicólogas/os, Trabajadoras Sociales y Abogados/as), estando este último aspecto en proceso de elaboración de las entrevistas.

En esta primera instancia se ha reconstruido a los fines de este escrito, algunas líneas acerca de cómo se crea el Servicio Local en la Ciudad de Rosario, reconstruir este relato y poder construir una narrativa escrita es fundamental para trazar la historicidad de los dispositivos creados.

83 Psicóloga.

84 Lic. en Trabajo Social.

85 Estudiante de Derecho.

86 Lic. en Trabajo Social.

Al abordar el marco normativo y los Dispositivos que conforman el Sistema de Protección Integral de la provincia de Santa Fe, sostenemos que se encuentran atravesados por la complejidad territorial diversa en cada Municipio y Comuna, la política pública construida desde un Estado que otorga o no nuevos sentidos, los atravesamientos subyacentes en la construcción de la interdisciplinariedad, la tensión existente entre la convergencia aún vigente de los dos paradigmas de la niñez y adolescencia (paradigma de la situación irregular y paradigma de la protección integral).

Retomando a Villalta, C. y Llobet, V. (2015) señalan: "...la normativa y la institucionalidad que postula, lejos de ser una suerte de receta que los agentes aplican mecánicamente, son constructos atravesados por una compleja trama de relaciones de poder, relaciones sociales y rutinas institucionales. Por ello, el análisis de las tensiones que emergen cuando se procura adecuar la protección de la infancia a un enfoque de derechos, permite observar que el Estado antes que constituir una estructura homogénea con una direccionalidad única y lineal, es una instancia heterogénea y por veces contradictoria en la que difícilmente se pueden delimitar espacios –o grupos y organismos– que sean uniformemente resistentes al cambio o bien partidarios de él. Asimismo, permite observar que las prácticas empleadas para la constitución y protección de los derechos de los niños son, en gran medida, producto de las interpretaciones y negociaciones de los agentes estatales y no estatales, y de sus sistemas de clasificación”

La doctrina de protección integral que forma la Convención de los Derechos del Niño⁸⁷ se cristaliza en la normativa de nuestro país a partir de la promulgación de la Ley 26.061⁸⁸ del año 2005.

La provincia de Santa Fe adhiere a esta en el año 2009 mediante la sanción de la Ley Provincial 12.967⁸⁹, y su decreto reglamentario 619/2010 con una modificación en el año 2011, bajo la Ley 13.237; creándose en la provincia el Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se estableció entonces la forma en la cual iba a estar configurado el Sistema de Promoción y Protección, este se organizó en niveles de aplicación: local, regional y provincial (art. 29).

Al mismo tiempo prevé una división por niveles de intervención: el primer nivel (art. 30) referido al ámbito territorial, cuyas

87 CDN firmado en 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

88 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

89 Ley de Promoción y Protección Integral de los derechos de las Niñas Niños y Adolescentes.

instituciones tienen por encargo actuar en situaciones de amenaza o vulneración de derechos, además cuentan con la posibilidad de desarrollar programas tendientes a la promoción de derechos; en este nivel se deben adoptar y aplicar Medidas de Protección Integral (art. 50); este está conformado por Servicios Locales Centros de Salud, Hospitales, escuelas, Comisarías, Centros Territoriales de Denuncias, Organizaciones de la Sociedad Civil, etc. En tanto el segundo nivel de intervención está conformado por las autoridades regionales (Direcciones Provinciales), y la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia; es el encargado de la adopción y aplicación de las Medidas de Protección Excepcional (art. 51) y de las Medidas de Protección Excepcional de Urgencia (art.58 bis), además debe brindar asistencia técnico jurídica a los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos.

Otros Organismos que conforman el Sistema de Protección Integral de Santa Fe son: 1) la Comisión Interministerial de la Niñez y Adolescencia (Art. 34), conformado por todos los Ministerios (Salud, Educación, Trabajo y Seguridad Social, Justicia y Derechos Humanos, Seguridad, Innovación y cultura, Producción y Economía), cuyas algunas de sus funciones son: colaborar con la Autoridad de Aplicación en el diseño e implementación de políticas, concertaciones de acciones, garantizar la disposición y transferencia de recursos, entre otras; 2) Consejo Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes (Art.36) de carácter consultivo y de asesoramiento en materia de Niñez y Adolescencia, cuyas funciones principales son: fijar acciones prioritarias, proponer e impulsar reformas legislativas, recibir y solicitar información acerca de la distribución de recursos, el funcionamiento de servicios y programas, recibir anualmente informe del Defensor Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, esta última figura; 3) Defensoría Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes (Art. 38), que pertenece al ámbito de la Defensoría del Pueblo, cuyas algunas de sus funciones son: supervisar a entidades públicas o privadas, debiendo denunciar cualquier irregularidad, propiciar asesoramiento a Niños, Niñas y Adolescentes y sus grupos familiares, recibir todo tipo de reclamo o denuncia formulada por los Niños, Niñas y Adolescentes.

Es con la sanción de esta Ley Provincial Nro. 12.967, que se evidencia aún más, la perdurabilidad y convivencia de dos Paradigmas, el de la Situación Irregular (donde se instala el Paradigma tutelar de la minoridad) y el de Protección Integral, que otorga al niño, niña y adolescente la categoría de Sujeto de Derecho, la convivencia

de ambos Paradigmas (tensional, en un juego de puja de poder constante), no solo se da desde el ámbito legal, con la subsistencia a nivel Nacional de la ley 22.278 “Régimen penal de la Minoridad” y a nivel provincial el Código Procesal Penal de Menores (Ley 11.452), que conservan los nominaciones y las practicas estigmatizantes para los y las Adolescentes punibles (16 a 18 años), que hayan cometido un delito, sino también respecto de la continuidad de Instituciones con lógicas del Patronato de Menores, intervenciones paternalistas, discursos ambiguos y sosteniendo practicas cuyos fundamentos se sostienen desde la idea moralizante, de control, refiriéndose al paradigma de Patronato.

1. El Servicio Local de la Ciudad de Rosario. Su origen y reconstrucción

Esta investigación se centra en el estudio de un organismo creado recientemente y que se ubica como referente del primer nivel de intervención: *el Servicio Local de la ciudad de Rosario*. Este fue creado en el año 2018, nueve años más tarde que la promulgación de la 12.967, bajo Decreto Municipal N° 224/2018.

Del análisis del mencionado Decreto, el Servicio Local comienza a funcionar dentro de la estructura administrativa de la Secretaría de Desarrollo Social, con autonomía política de funcionamiento y bajo la supervisión del Gabinete Social de la Municipalidad de Rosario, con informes periódicos al Gabinete Social de la Provincia; estando a cargo de una coordinación cogestionada entre municipalidad y provincia.⁹⁰

Su objetivo es facilitar que las niñas, niños y adolescentes que tengan amenazados o violados sus derechos, puedan acceder a los programas y planes disponibles en el ámbito territorial de la ciudad.

Se encuentra conformado por equipos profesionales interdisciplinarios, quienes asesoran, orientan, direccionan, evalúan y monitorean las estrategias de protección integral de los actores del primer nivel; supervisados por una Coordinación general y su equipo de Gestión; y además cuenta con personal administrativo de apoyo.

El decreto expresa como objetivos propios del Servicio Local, la responsabilidad de promover aquellas acciones que atiendan al

90 La Provincia de Santa Fe en octubre de 2019 realiza las elecciones tanto a nivel Provincial (Gobernador/a) y Municipal (Intendente/a), sumiendo el Partido Justicialista en diciembre la gestión (anteriormente gobernaba el Frente Cívico y Social), lo que reestructura el Servicio Local, que ya no funciona desde la Co gestión (Municipio-Provincia), sino que queda bajo la órbita Municipal.

fortalecimiento familiar, diseñando e implementando programas, dispositivos o servicios que viabilicen el acceso efectivo al ejercicio de los derechos; recibiendo las denuncias espontáneas de una amenaza o vulneración de stos, adoptando las Medidas de Protección Integral que fueren pertinentes.

A su vez le corresponde supervisar y promover acciones que permitan garantizar las alternativas tendientes a evitar la separación del niño, niña y adolescente de su centro de vida, en el caso que ello no fuere posible o por agotamiento de las medidas de protección integral adoptadas, se debe proponer a la autoridad de aplicación de la ley (en este caso corresponde la Dirección Provincial de Niñez -Rosario), la adopción de una Medida de Protección Excepcional.

El mismo decreto remarca la necesidad del abordaje integral y coordinado entre diversos equipos institucionales y diferentes áreas. Al respecto se agrega que para el logro de los objetivos propuestos es fundamental promover la articulación entre los Gobiernos Provincial y Municipal. Otorgándole adecuada participación a cada uno.

Siguiendo a Roige (2010) "... después de todo la Ley es también parte de lo que socialmente somos, pero no todo lo que somos como sociedad", varios aspectos son importantes en la creación del Servicio Local en la Ciudad de Rosario, jugando un rol fundamental variadas acciones, cuyo objetivo es visibilizar y no naturalizar la inexistencia del Servicio Local.

Un primer antecedente data del año 2013 donde el Organismo de Niñez de la Ciudad de Rosario, el colectivo de profesionales que allí se desempeñaban se reúnen en asamblea y visibilizan las precarias condiciones institucionales, tanto edilicias como de direccionalidad política, y enuncian la necesidad de creación del Servicio Local, a través de comunicados que toman relevancia en medios de comunicación de la Ciudad de Rosario⁹¹, en entrevista con trabajadora del Organismo de Niñez de Rosario⁹² "...el estado de asamblea duró meses... fue un proceso interesante porque se visibilizó la precariedad de las políticas públicas y las condiciones laborales... desarrollo social siempre fue un Ministerio con un ínfimo presupuesto, y el que se destina a niñez aún lo es más, la creación del Servicio Local era un eje clave, uno porque se incumplía la Ley y otro porque lo con-

91 Fuente:

<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/10-45691-2014-09-07.html>

92 Entrevista realizada el fecha 10 de enero del 2020. Se reserva identidad a solicitud de la entrevistada.

siderábamos fundamental dentro del sistema... sin el servicio creo que se visibilizaba la fragmentación de una estrategia territorial...”.

En el año 2014 la *Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe*, desde la Comisión de Derechos y Garantías, al recibir a la Comisión de Monitoreo en Políticas de Alojamiento a Niños, Niñas y Adolescentes sin cuidados parentales y también a trabajadores de la Dirección de Niñez, enuncia tras esa reunión la necesidad de la creación del Servicio Local en la Ciudad de Rosario.⁹³

El *Colegio de Profesionales de Trabajo Social de la Segunda Circunscripción de la Provincia de Santa Fe*⁹⁴ comienza una serie de acciones cuyo fin es visibilizar la inexistencia del Servicio Local y la precariedad de los Servicios Locales existentes en la Segunda Circunscripción de la Provincia.

En entrevista con la Ex Presidenta Lic. Natalia Juárez en relación con la gestión que llevo adelante (2016/2018) señala: “...el eje de las acciones que llevo el Colegio surgió en principio desde el espacio de niñez y adolescencias que funcionaba en el Colegio... desde el año 2014 existió la preocupación por las políticas públicas de niñez y adolescencias, y luego, desde el 2016, se tomó como eje de la gestión, buscando generar agenda pública y política, estuvo ligado fundamentalmente a visibilizar la inexistencia del Servicio Local, considerándolo como un actor clave, en ese momento recuerdo que comienza una discusión con el gobierno de ese momento respecto a ¿que se entendía por Servicio Local?, existiendo dos posturas la de las autoridades de gobierno que sostenían que el Servicio Local ya estaba creado, y estaba conformado por la articulación de por ejemplo la escuela, el centro de salud, un hospital, que era lo que estaba funcionando en verdad, claro que la Ley provincial enuncia otra cosa, pero ese era el discurso oficial... el Colegio junto a otras instituciones asume otra postura, y comienza a visibilizar que en realidad el Servicio Local no estaba creado, que lo que existía era un conjunto de intervenciones fragmentadas y un incumplimiento de la Ley...”.⁹⁵

Las acciones que se llevan adelante son:

- Año 2016 - Jornada “Servicio Local en el Sistema de Protección Integral de Niñez y Adolescencia. Aportes para su con-

93 Fuente:

<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/10-45716-2014-09-09.html>

94 El Colegio de Profesionales de Trabajo Social de la Segunda Circunscripción – Gestión 2016/2018.

95 Entrevista Lic. Natalia Juárez en fecha 28 de febrero 2020.

formación en la Ciudad de Rosario” – realizado en la Ciudad de Rosario;

- Año 2016 – Capacitación y Encuentro de Servicios Locales y Trabajadoras/es del 1er Nivel de Intervención del Sistema de Protección Integral de niñez y adolescencia de Municipios y Comunas de la 2da Circunscripción de Santa Fe – realizado en la localidad de Pérez; y
- Año 2017 – Encuentro Servicios Locales de la 2da Circunscripción de Santa Fe “Los Procesos de Intervención en situaciones de niños, niñas y adolescentes. Repensando las practicas” – realizado en la localidad de “Las Rosas”.

Otro Actor que toma como eje la inexistencia del Servicio Local es el *Consejo Municipal de promoción y protección integral de niños, niñas y adolescentes*⁹⁶, creado en el año 2007 en el ámbito del Concejo Municipal de Rosario, conformado por Concejales, Colegios Profesionales, Organizaciones no Gubernamentales, Gremios, Asociaciones y los Órganos administrativos de la órbita de niñez y adolescencia tanto en el ámbito municipal como provincial, tomando como parte de su agenda la inexistencia del Servicio Local.⁹⁷

En entrevista a Concejala Marina Magnani⁹⁸ trasmite en relación con la incidencia del Consejo en la creación del Servicio Local “...que el Consejo tuviera vida fue fundamental porque en general cualquier normativa que busca reivindicar derechos para sectores vulnerados no se puede llevar adelante sino es con acción mancomunada y acciones organizados atrás... que las asociaciones vinculadas a los derechos de los pibes y las pibas, que los sindicatos de los y las trabajadores de la educación, sindicatos de los y las trabajadores del Estado... que asociaciones profesionales, se hicieran carne de llevar adelante esta propuesta legitimaba una acción legislativa que cuando queda enfrentada a una disputa política de bloques, generalmente se pierde, porque además en Rosario los partidos más identificados con demandas populares somos minoría o por lo menos en ese momento éramos una marcada minoría, ahora se equilibró un poco la composición política, pero ese era un momento donde Juntos por el cambio tenía una mayoría, eran el bloque mayoritario... entonces la verdad

96 Ordenanza 8143/2007 y sus modificatorias Ordenanza N° 8802/ 2011, N° 9588/ 2016, N° 9749/ 2017 y N° 9863/ 2018. El consejo tiene una sesión mensual y se desarrolla en el ámbito del Concejo Municipal de Rosario.

97 Esta información se recaba del Libro de actas del Consejo durante los años 2016/2019.

98 Concejala de la Ciudad de Rosario – Miembra titular del Consejo Municipal de promoción y protección integral de niños, niña y adolescente, desde el año 2016.

que sin esa acción mancomunada, organizada, transversal de tantos y tantas actores y actrices hubiera sido imposible”.

El Consejo el 12 de junio de 2017 instala una *Audiencia Pública* que se celebra en el recinto del Concejo Municipal de Rosario, donde en alrededor de cinco horas aproximadamente cuarenta representantes de Organizaciones, Colegios, Asociaciones, Sindicatos entre otros, expusieron de forma pública un análisis detallado de la Política Pública sobre Niñez y Adolescencia de la Provincia de Santa Fe, haciendo foco en la Ciudad de Rosario, cobrando gran relevancia⁹⁹ no solo en los medios gráficos y televisivos, sino también en los y las operadores y operadoras del sistema de protección.

Tras el breve recorrido que crea el escenario de creación del Servicio Local en el 2018, entendemos a este desde la idea de Dispositivo (Foucault, 1977) es decir, la red entre los elementos, estos elementos pueden ser lo dicho y lo no dicho. Otorga a estos elementos la caracterización de ser heterogéneos, cuyas funciones o posiciones pueden también diferir. Le otorga al Dispositivo historicidad e intencionalidad, cuyo imperativo es fundamentalmente estratégico. Además agrega que se inscribe en dos momentos constitutivos, el momento de prevalencia del objetivo estratégico y un momento del dispositivo como tal, donde ahí comienza un proceso de sobre determinación funcional y de relleno estratégico, es decir, el Dispositivo alude también a la idea de un continuo movimiento, en donde el objetivo estratégico debe estar sujeto a revisión, posibilitando un reajuste de los elementos. Por último, lo inscribe en su dimensión estratégica, en las relaciones de fuerza, en un juego de poder, lindando los bordes del saber.

Ahora bien, en que reside la riqueza del término Dispositivo, un primer eje es la determinación de que se trata de lo dicho y lo no dicho es decir, superador de la episteme, ya que no solo remitiría a las prácticas discursivas, sino también a lo no discursivo, constituirá la red de saber/poder en el que se vinculan los elementos heterogéneos que lo componen, donde el vínculo que los enlaza es parte constitutiva del Dispositivo.

Entender el Servicio Local desde la idea de Dispositivo conlleva a leer las diversas líneas de fuerza que han signado su historicidad, desde donde se gesta su origen y se construye un mandato

99 <https://www.lacapital.com.ar/la-ciudad/la-audiencia-publica-politicas-ninez-critico-la-ausencia-funcionarios-n1415033.html>

<https://www.rosarioplus.com/ensacoycorbata/Rosario-debatio-sobre-ninez-y-adolescencia-pero-sin-funcionarios-del-Estado-20170612-0031.html>

<https://sinmordaza.com/noticia/427365-se-realizo-la-audiencia-publica-sobre-ninez.html>

funcional y comprender que en tanto Dispositivo posee un continuo movimiento, siendo fundamental recuperar las voces de quienes lo conforman.

2. Definición de estrategia metodológica general y enlaces argumentativos preliminares

La investigación presentara un enfoque cualitativo “se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación. A veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis (Grinnell, 1997). Con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones. Por lo regular, las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso de investigación y este es flexible, y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en “reconstruir” la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido”¹⁰⁰.

A los fines de dar respuesta a la pregunta problema el campo de análisis se enfoca en la Ciudad de Rosario durante los años 2019/2020.

La investigación se inscribe dentro de la apuesta a contribuir en la construcción de una producción académica latinoamericana, cuyo eje se centrara en captar un proceso territorial específico: la creación del Servicio Local en la Ciudad de Rosario.

El intento de regionalizar los discursos sobre las niñeces y adolescencias conlleva a abonar a un pensamiento crítico y libre que se ha venido gestando desde ya hace algunas décadas en América Latina y el Caribe acerca de la temática.

Este enfoque latinoamericano posibilita inscribir el acceso a derechos de niños, niñas y adolescentes y la construcción de políticas públicas, leídos en contextos sociales, económicos, políticos y culturales determinantes.

Un aporte fundamental para reflexionar acerca de la niñez y adolescencia, es el de Bustelo, E (2007), quien retoma a Foucault en su concepción de “biopolítica”, que “define el acceso a la vida y sus formas de permanencia, y asegura que esa permanencia se desarrolle como una situación de dominación” avanza señalando “El poder se entretreje con dispositivos muy fuertes que organizan la vida y el cerebro humano a través de las poderosas máquinas de comunicación social, las redes informáticas y una amplia gama de sistemas de

100 Hernández Sampieri R, Fernández Collado C, Baptista LP. (2006). Metodología de la investigación. 4ª Ed. Mc Graw Hill, México.

control. La biopolítica se constituye entonces como biopoder'. . Lo que propone Bustelo (2005), y que es iluminador para el proyecto de investigación presentado, es aportar a una perspectiva Latinoamericana que se encuentra en formación, desde un enfoque estructural, en relación con la infancia como categoría permanente, su relación con la adultez y su dimensión histórica e intercultural, donde uno de los rasgos centrales es la categoría de dominación, que impregna la categoría niñez.

Finalizando los objetivos que continúan en el Proyecto de Investigación son:

- Realizar una reconstrucción histórica del Servicio Local de la Ciudad de Rosario, que es el objetivo que de modo resumido se intentó plasmar en este trabajo.
- Determinar qué aspectos de la norma inciden predominantemente en el abordaje de las situaciones de vulneración de Derechos de los niños, niñas y adolescentes en las Instituciones estatales existentes.
- Recuperar discursos e intervenciones interdisciplinarias de los actores estatales involucrados.

3. Referencias bibliográficas

- Aries, P. (1987) *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*: Ed. Taurus.
- Baratta, A. (1999) "Infancia y democracia", en *Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina*, tomo 4, UNICEF, Montevideo, pp. 207-236.
- Bustelo, E. (2007) *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*: Ed. Siglo veintiuno.
- Colangelo, A. (2004) "La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje", en *La Formación Docente entre el siglo XIX y el siglo XX*, Ed. Seminarios.
- De Mause, L. (1982) *Historia de la Infancia*, Ed Alianza.
- Feixa, C. (1996) "Antropología de las edades", en J. Pratt Martínez "Ensayos de Antropología cultural".
- Foucault, M. (1977) "Dits et Ecrits. Entrevista a Michel Foucault". París, Gallimard. Disponible:<http://www.forofarp.org/images/pdf/Dialogo%20con%20otros%20discursos/MichelFoucault/ElJuegoDeMichelFoucault.pdf>.
- Foucault, M. (1975) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*", París, Gallimard.
- García Méndez, E. (1991) "Prehistoria e historia del control – socio penal de la infancia: política y jurídica y derechos humanos en América Latina" en *Ser niño en América Latina. De las Necesidades a los derechos*, Ed. Galerna.

- García Méndez, E. “Para una historia del control socio penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social” en *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*.
- Giberti E. (1997) *Políticas y niñez*, Ed. Losada.
- Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C.; Baptista, L.P. (2006) *Metodología de la investigación*, 4ª Ed., México, Mc Graw Hill.
- Nocetti, B. (1997) *Niñez en riesgo social y políticas públicas en Argentina. Aportes antropológicos al análisis institucional*, EDIUNS, 2008.
- Platt, A. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI.
- Roige, M. (2010) *Niñez, marginalidad y políticas públicas. Análisis de un dispositivo estatal*, Ed. Araucaria.
- Souza Minayo, M. C (2003) “Ciencia, técnica y arte: el desafío de la investigación social”, en Sousa Minayo, M. C. (Org.), *Investigación social: teoría, método y creatividad*, Buenos Aires, Lugar Editorial.
- Souza Minayo, M. C. (2009) *La artesanía de la investigación cualitativa*, Buenos Aires, Lugar.
- Vascilachis de Gialdino, I. (Coord.) (2006) *Estrategias de investigación cualitativa*, Barcelona, Gedisa.
- Volnovich, J. C. (1999) *El niño del “siglo del niño”*, Ed. Lumen. Selección de capítulos.
- Wasserman, T. (2001) *¿Quién sujeta al sujeto? Una reflexión sobre la expresión ‘el niño como sujeto de derecho: Ensayos y Experiencias*.
- Wainerman, C. y Sautu, R. (Comps.) (2001) *La trastienda de la investigación*, Buenos Aires, Lumiere.

Busca ativa: uma família para crianças e adolescentes disponíveis para adoção

Ana Cristina Teixeira Barreto

1. Introdução

A busca ativa visa auxiliar na busca por adotantes, previa e regularmente habilitados, para crianças e adolescentes considerados *inadotáveis ou de difícil colocação*.

Crianças e adolescentes denominados *de difícil colocação* são pertencentes a grupos de irmãos que, em princípio, não devem ser separados, crianças acima de 8 anos, com deficiências físicas e ou mentais.

De acordo com o Sistema Nacional da Adoção - SNA, o Brasil tem uma população de 34.131 crianças e adolescentes acolhidos. Destas, 5.005 estão disponíveis para adoção e 2.600 estão vinculados em processos de adoção. Em contrapartida, há 36.481 pretendentes habilitados à espera de seus filhos. No Ceará, há 898 acolhidos. Destes, 378 acolhidos em unidades de Fortaleza, tanto por decisão da vara especializada da capital, como de decisões judiciais das Comarcas do interiores que são desprovidas de acolhimentos ou que, por alguma razão, não podem permanecer acolhidas na Comarca de origem. Deste total, em todo o Estado do Ceará, apenas 170 estão disponíveis para adoção e 75 em processos de adoção. Em contrapartida, existem 744 pretendentes habilitados.

Muitas crianças e adolescentes disponíveis para adoção pertencem a grupo de irmãos, possuem idade considerada avançada ou algum tipo de deficiência que dificultam a adoção ou apadrinhamento. Aliado a isso, a desinformação e a falta de visibilidade das crianças e adolescentes sob o argumento da proteção integral podem dificultar a adoção e o apadrinhamento.

Com base nesses dados, é possível verificar a existência de um significativo número de crianças e adolescentes acolhidos em condições de adotabilidade, sem que tenham encontrado pretendentes habilitados interessados em sua adoção.

2. Convivência familiar

Família é o núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária.

A família recebeu proteção jurídica no ordenamento jurídico interno na Constituição Federal do Brasil e na legislação infraconstitucional, como o Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente de modo a garantir aos seus membros que os laços familiares se estabeleçam de forma saudável, capaz de garantir sustento, educação, alimentação, segurança, carinho e afeto aos seus integrantes.

Por família não se deve compreender apenas o grupo de pessoas unidas pela mesma herança genética, mas também o agrupamento de pessoas unidas por vínculos de afeto que ratifica o conteúdo do seguinte brocardo popular: “pai e mãe é quem cuida, é quem cria e não quem apenas quem cede o material genético”.

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 4º, reconhece e protege as novas formas de constituição de família, ao entender como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, independentemente, dos laços de consanguinidade.

Por sua vez, o art. 1.593 do Código Civil assim dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. De fato a expressão “*outra origem*” é o fundamento legal do parentesco socioafetivo, fundado, essencialmente, na chamada tese de desbiologização da paternidade.

Com a previsão pela Constituição de 1988 dos princípios da dignidade da pessoa humana (1º, III), da solidariedade social e da igualdade substancial, insculpidos nos art. 3º e 5º, a família ganhou uma feição igualitária, democrática e plural.

A concepção de família, formada essencialmente por laços biológicos, cedeu lugar à família como instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus membros. A preocupação não é apenas os laços formais, mas sim os laços afetivos que unem seus membros, que não estão ligados apenas por laços de consanguinidade, mas, sobretudo, por laços de afeto, de amor, de solidariedade e pelo dever de assistência mútua, caracterizando assim, a desbiologização do novo direito de família.

Afirmado o afeto como base fundamental do Direito de Família atual, vislumbra-se que, composta a família por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável, apresentan-

do-se sob tantas e diversas formas e arranjos, quantas sejam as possibilidades de se relacionar e expressar amor.

Assim, o laço biológico não deve ser esquecido, mas sim transcendido para melhor atender aos interesses da criança e do adolescente, priorizando-se o afeto, independentemente do aspecto biológico.

A afetividade entre pais e filhos, assim compreendido como o elo constituído pela assunção de papéis de filhos e de pais, por seu turno, pressupõe a convivência familiar entre ambos para se estabelecer e fortalecer.

Nesse prisma, a filiação pode ser apresentada sob diferentes faces. A biológica, que deriva da identificação genética entre pais e filhos; a jurídica, que é imposta pela lei e a socioafetiva, que se revela naturalmente devido à convivência entre as pessoas.

O certo é que, independentemente, da feição e forma em que se encontra constituída a família, o direito à convivência familiar e comunitária é direito fundamental de toda criança ou adolescente e constitui um dos principais focos de atuação a proteção dos direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes afastados de sua família, em situação de acolhimento familiar ou institucional.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 227, assegura à convivência familiar às crianças e adolescentes, por ser obrigação do Estado e de toda sociedade:

art. 227. é dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido, a Lei no 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe em seu art. 19 :

“É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

De fato, constitui direito fundamental de toda criança e adolescente à convivência comunitária e familiar, seja ela natural ou extensa e, na impossibilidade, a sua colocação em família substituta, quando inviável a reintegração familiar ou a guarda por membro da família extensa.

Nesse cenário, surge de relevância a adoção como forma legal de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas para assegurar o direito de conviverem em família e em comunidade de forma a garantir a proteção ao afeto necessários ao seu desenvolvimento pleno e saudável.

3. Da adoção

É cediço que a adoção é medida excepcional. Todavia, há casos em que a manutenção da criança ou do adolescente se mostra inviável no seio da família biológica, natural ou extensa, fazendo-se necessária a colocação em família substituta de modo a oportunizar sua convivência familiar onde possam receber carinho, afeto e atenção.

A adoção é o ato pelo qual alguém é colocado em uma família substitua na condição de filho ou filha. O Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA estabelece o Sistema Nacional de Adoção, por meio do qual os pretendentes se habilitam à adoção através de procedimento no âmbito do Juizado da Infância.

As crianças e adolescentes também são inscritos nesse sistema após serem desligados de suas famílias biológicas em processo de destituição ou perda do poder familiar. A partir de então, faz-se o cruzamento das informações entre o cadastro dos pretendentes e o das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, de acordo com o perfil preestabelecido no ato da inscrição.

É feita a vinculação da criança e do adolescente aos pretendentes, de acordo com a ordem cronológica na fila e é autorizado o contato pessoal entre os pretendentes, a criança e o adolescente que se pretende adotar, iniciando-se o estágio de visitação na unidade de acolhimento e passeios externos. A equipe técnica da unidade, então, deverá emitir parecer conclusivo sobre o contato entre os interessados que, se favorável, dará ensejo ao pedido de adoção.

No curso do processo de adoção é deferida a guarda provisória para que a criança ou adolescente passe ao convívio dos pretendentes. É o chamado período de convivência ou adaptação que, caso positivo, culminará com a sentença de adoção, em que a criança será definitivamente inserida no seio da família com a expedição de novo

registro de nascimento com o nome dos pais adotivos, podendo ser escolhido o prenome do filho.

Apesar de parecer burocrático ou moroso, a adoção é um procedimento necessário para a segurança jurídica e minimizar o risco de devolução da criança ou arrependimento. Para que a adoção se concretize, existem requisitos previstos em lei: decisão judicial, consentimento dos pais biológicos ou a destituição ou perda do poder familiar, consentimento do adotando (se maior de 12 anos), estágio de convivência, etc.

São formas de adoção legal: a) adoção pelo cadastro nacional de adoção, hoje Sistema Nacional de Adoção – SNA, em que os pretendentes se habilitam nesse sistema para adotarem crianças ou adolescentes disponíveis, consoante perfil por eles escolhido, previamente, através de um procedimento no Juizado da Infância e a adoção, por quem detém a guarda judicial por mais de três anos; b) a adoção entra parentes, como tios, sobrinhos, primos, etc; c) a adoção unilateral de filho do marido, esposa ou companheiro; d) a adoção por quem detém a guarda judicial de criança ou adolescente por mais de três anos.

Existem ainda situações informais de filiação formada por laços de amor e de afeto, isto é, socioafetivos, em que a criança é criada por terceiros como se filho fosse, gerando o direito ao reconhecimento formal desse parentesco. Todavia, é preciso, nesse caso, que haja uma relação de afeto e afinidade prévia para justificar a adoção direta em *ou intuitu personae* de modo a não configurar burla ao Sistema Nacional de Adoção – SNA.

É vedada, portanto, a entrega de criança para adoção para terceiros fora dessas hipóteses legais, por ferir os princípios do melhor interesse e da proteção integral das crianças e adolescentes. Nesse caso, quando uma mãe pretende entregar um filho à adoção, ela deve procurar as autoridades competentes para legalizar o ato de entrega, como conselho tutelar, juizado da infância, Ministério Público ou Defensoria Pública e projetos de entrega legal. A entrega legal é um ato de amor e não constitui crime, ciente de que a entrega será o melhor para a criança e para quem recebe a criança.

São requisitos para a adoção no Brasil, nos termos do Estatuto da criança e do Adolescente: ser maior de 18 (dezoito) anos; inscrição no Cadastro Nacional de Adoção; gozar de boa saúde física e mental; idoneidade moral; boas condições, inclusive financeiras, para criar e prestar toda a assistência material, moral e psicológica, atribuindo ao adotando a condição de filho.

Segundo dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 42. (...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. (...)

Art. 45. (...)

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.(...)

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

O Sistema Nacional e Adoção – SNA

O Sistema Nacional de Adoção- SNA nasceu da união do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) com o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA), a partir da unificação eletrônica desses dados e é regulamentado pela Resolução 289/2019 do CNJ. Os dados constam do novo painel on-line do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), implantado nacionalmente em 2019. As estatísticas estão disponíveis para toda população por meio do portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Por esse sistema, as varas de infância e juventude têm uma visão integral de todos os dados e informações sobre crianças e adolescentes acolhidas e disponíveis para adoção, desde sua entrada no

sistema de proteção até a sua saída, quer seja pela adoção quer seja pela reintegração familiar. São os dados destes processos que foram unificados eletronicamente e agora são consolidados em tempo real.

Assim, esse novo sistema possibilitou ter mais detalhes do perfil dos acolhidos e não apenas do perfil das crianças disponíveis para adoção, assegurando mais transparência e facilidade no acesso aos dados e informações.

De acordo com estatística do SNA, os adolescentes compõem a maior parte dos acolhidos no Brasil: ao todo, são 9.280 com mais de 15 anos de idade. Destes, um terço está acolhido há mais de três anos e não têm irmãos nas mesmas condições. Em quase 3% dos casos, há diagnóstico de deficiência intelectual e, em 4%, há presença de problemas de saúde.

Das crianças disponíveis que não estão vinculadas, de acordo com o Sistema Nacional de Adoção -ADOÇÃO (<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/>), mais de 80% tem idade acima de 10 anos, enquanto há apenas 2,7% pretendentes à adoção de crianças e adolescente acima dessa faixa etária.

O atual sistema também aperfeiçoou a apresentação de dados sobre adoção no Brasil. Agora, é possível distinguir os dados de crianças em processo de adoção, ou seja, aquelas que iniciaram a fase de adaptação com possíveis pretendentes.

O novo painel do SNA informa também que os estados o maior número de acolhidos encontra-se nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Já os estados do Acre, Roraima e Tocantins registram a menor quantidade de acolhidos.

Por outro lado, os estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro são os que possuem mais crianças disponíveis para adoção, em contraste com os estados de Roraima, Tocantins e Acre, que possuem o menor número. A maior parte das adoções também nos estados de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. O sistema mostra ainda o status da lista de pretendentes à adoção. A maior parte encontra-se nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro.

A partir de dados seguros e acessíveis a todos, disponibilizados pelo SNA, é possível traçar metas e políticas judiciárias de incremento e incentivo à adoção.

4. Busca ativa

O direito à convivência familiar está previsto no art. 227 da CF e é considerada política pública pelo Plano Nacional de Promoção,

Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, que tem por objetivo fortalecer a rede de proteção social à família, de forma a permitir que ela seja capaz de cumprir o seu papel de proteção integral, prevenindo o abandono e institucionalização indiscriminada de crianças e adolescentes.

Na falha dessas políticas públicas e da família em prestar a devida proteção às crianças e adolescentes, muitas delas precisam ser institucionalizadas e muitas são afastadas, definitivamente, de suas famílias.

O fato é que o acolhimento que deveria ser provisório se prolonga no tempo ante a omissão, inércia e acomodação da família, da sociedade e do poder público, incentivados pela cultura indiscriminada da institucionalização, fazendo com que muitas crianças e adolescente passem longos ou até mesmo a vida inteira nas unidades de acolhimento sem perspectiva de retorno familiar ou de colocação em família substituta. Não raro, ouvimos relato por parte das famílias de que seus filhos estão melhores nos abrigos que em casa, onde têm acesso a uma vida digna, à educação, à moradia, alimentação e higiene adequadas.

De fato, muitas crianças e adolescentes são acolhidas, não em decorrência de uma situação de risco ou violação de direitos causada por seus genitores ou parentes, mas por causa da pobreza e da necessidade extrema de que também são vítimas. Pais e filhos são separados fisicamente e, apesar da distância e da saudade, mantêm fortes os laços de amor e afeto que os unem. São os filhos da pobreza, da drogadição, da falta de perspectivas de suas famílias, da desigualdade social, a ausência de políticas públicas eficazes de erradicação da pobreza e da marginalização.

Muitas crianças e adolescentes rejeitam o contato afetivo com pretendentes à adoção ou apadrinhamento com receio de romper, definitivamente, os laços com suas famílias, na esperança de um retorno familiar, nem sempre possível.

Assim, à muitas crianças e adolescentes, quer pelo acolhimento indevido, quer pela rejeição à idéia de colocação em família substituta, quer por seu próprio perfil, resta-lhes esperar pela maioridade para conquistarem sua autonomia e retomarem os laços do passado, formarem suas próprias famílias ou se renderem aos atrativos da criminalidade, sempre atenta a aliciar os mais vulneráveis.

O que fazer então para mudar esse cenário? Se de um lado, não se deve descuidar das políticas públicas que promovam a convivência família em seu seio natural; de outro lado, é preciso estabelecer

critérios mais rigorosos para o acolhimento, prazo de permanência e acompanhamento adequado dos acolhidos e de sua família e buscar alternativas legais para fomentar a colocação desses invisíveis no seio de famílias substitutas.

De acordo com o Sistema Nacional de adoção, a maior parte de crianças e adolescentes disponíveis para adoção possuem idade superior a oito anos de idade, pertencem a grupo de irmãos ou são portadores de doenças físicas e mentais graves que dificultam. Esse contingente, em sua maioria, não possui pretendente interessado.

No que concerne a essas crianças e adolescentes consideradas de difícil colocação em família substituta, a experiência demonstra que, nos casos concretos onde ocorreu articulação com os Grupos de Apoio à Adoção para a busca ativa de famílias adotivas, houve significativo incremento na localização de habilitados, possibilitando maior número de adoções necessárias, ou seja, de adoções consideradas tardias, de grupos de irmãos, crianças e adolescentes com deficiência ou doenças crônicas.

A ideia central da busca ativa é conseguir pais para crianças, em vez de crianças para os pais. Em outras palavras, efetivar as adoções necessárias – em geral, de crianças mais velhas e grupos de irmãos –, em lugar de esperar por anos que uma criança idealizada seja incluída no cadastro. Assim, por meio de parcerias com as Varas de Infância, algumas Organizações Não Governamentais (ONGs) e sistema de justiça têm coordenado buscas entre os casais habilitados para adoção, para encontrar pais para aquelas crianças que não possuem pretendentes disponíveis no SNA, coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Desta forma, a busca ativa permite que pessoas que se habilitaram inicialmente para um determinado perfil, considerando mais restrito, tenham ciência de casos de adotabilidade de crianças e adolescentes fora desse perfil, aumentando as chances destes serem adotados, tenham contato com a realidade das unidades de acolhimento, permitindo também convivência comunitária dos acolhidos, bem como uma maior certeza dos pretendentes quanto ao perfil escolhido.

A busca ativa volta-se, especificamente, a encontrar famílias para as crianças e adolescentes que estão disponíveis para adoção e não possuem pretendentes habilitados que demonstrem interesse, quando se consulta o Sistema Nacional de Adoção. O intuito principal é garantir às crianças e adolescentes o direito fundamental à convivência familiar, por meio da adoção.

§ 4º:

A Lei nº. 8.069/1990- Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, dispõe em seu art. 50,

“Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no §3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente alerta, portanto, para a necessidade de se realizar a aproximação entre as crianças e adolescentes disponíveis à adoção e os postulantes habilitados, a fim de que sejam rompidas as barreiras psicológicas que impossibilitam a vinculação dos perfis distintos e incentivar aos postulantes vislumbrar outros perfis e possibilidades

Ressalte-se que, para o sucesso desse contato, é necessário preparar os acolhidos, a fim de evitar possíveis traumas que podem ser causados pela frustração da impossibilidade de uma adoção e o rompimento de expectativas.

A busca ativa objetiva encontrar famílias para crianças maiores, adolescentes, grupos de irmãos e acolhidos com deficiência ou problemas de saúde, que se encontram disponíveis para adoção e que não possuem pretendentes habilitados interessados.

5. Projetos de busca ativa no Brasil

A busca ativa é uma estratégia que busca incentivar a adoção considerada tardia e a adoção de crianças e adolescentes que não se enquadrem no perfil usualmente buscado pelos pretendentes à adoção.

O uso dos aplicativos nas questões que envolvem a adoção tem se mostrado uma ferramenta de extrema importância para transmitir informações e encontrar famílias para as milhares de crianças e adolescentes que neste exato momento estão aguardando por um lar.

Alguns modelos de busca ativa, em Estados como Espírito Santo, Pernambuco, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo têm apresentado indicadores bastante positivos, a partir da descoberta da

possibilidade de outros perfis de adoção, voltados às crianças mais velhas, com deficiências e adolescentes, inclusive os pertencentes aos grupos de irmãos.

Aplicativo A.DOT

O Aplicativo A.DOT foi desenvolvido para dar visibilidade às crianças e adolescentes que aguardam uma família, aos pretendentes que se encontram à espera de uma adoção e acelerar os processos de adoção.

Essa estratégia tem por objetivo criar um mecanismo que, em consonância com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilite que as crianças e adolescentes privados da convivência familiar, ou impossibilitados de retornar ao convívio das famílias naturais, sejam vistas e conhecidas por aqueles que procuram e desejam realizar o sonho da adoção.

O aplicativo buscar encontrar famílias para crianças maiores, adolescentes, acolhidos, com problemas de saúde, deficiência, ou grupos de irmãos; Apresentar aos pretendentes habilitados crianças e adolescentes disponíveis para adoção que possuem perfis diferentes daqueles delimitados no momento do cadastro, sensibilizando os pretendentes à adoção que se encontram habilitados, para que se permitam contemplar a possibilidade de ampliar os perfis para adoção.

O Aplicativo A.DOT é uma plataforma digital que faz o vínculo das crianças disponíveis à adoção, com os pretendentes habilitados, facilitando e acelerando esse contato via internet. A visibilidade das crianças e adolescentes se dá por meio de vídeos, fotos, cartas, desenhos que demonstrem as expectativas, sonhos, desejos e que contem um pouco das histórias de vida das crianças e adolescentes.

“Nesse aplicativo, disponível para as plataformas Android e IOS, são incluídos os cadastros simplificados de crianças com idade a partir de 7 anos, crianças e adolescentes com deficiência ou problemas de saúde e de adolescentes que se encontram em situação de acolhimento institucional ou familiar, que estão disponíveis para adoção e que, por meio de consulta ao Cadastro Nacional de Adoção (CNA), não tenham sido localizados pretendentes disponíveis e interessados em sua adoção. Na outra ponta, os pretendentes aptos à adoção, inscritos no Cadastro Nacional de Adoção, também poderão realizar seu cadastro, que será valida-

do, e, a partir disso, por meio de filtros, poderá identificar e demonstrar interesse em algum dos perfis apresentados, iniciando, assim, o caminho para um contato futuro, com toda a supervisão do Poder Judiciário”. (https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/15142432/Manual_ADOT.pdf. Acesso em 10 de maio de 2020)

Projeto Visita Guiada - Ceará

De acordo com as estatísticas do SNA, a maioria das crianças disponíveis para adoção, possuem idade avançada, pertencem a grupo de irmãos ou possuem algum tipo de deficiência que dificultam a adoção ou apadrinhamento. Aliado a isso, a desinformação e a falta de visibilidade das crianças e adolescentes, sob o argumento da proteção integral podem dificultar a adoção e o apadrinhamento.

Segundo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU, o Estado tem a obrigação de garantir a todas as crianças a proteção necessária ao seu bem-estar, o que inclui garantir a mesma uma família, natural ou adotiva.

Nesse diapasão, destaca-se o trabalho da Defensoria Pública no atendimento especializado às crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social que estão acolhidas na Cidade de Fortaleza - CE, de modo a promover e facilitar a colocação dessas crianças e adolescentes em famílias substitutas e no programa de apadrinhamento.

A Defensoria Pública do Ceará, por meio do núcleo especializado no Atendimento da Infância e Juventude – NADIJ, atua de modo a incentivar uma nova cultura de adoção, que inverte o paradigma tradicional de buscar crianças para as famílias e privilegia a busca de famílias para nossas crianças, independente de idade, sexo, etnia e condição de saúde, por meio de um projeto, em parceria com Tribunal de Justiça do Ceará, denominado Visita Guiada, para a realização de visitas acompanhadas dos pretendentes às unidades de acolhimento, possibilitando o contato pessoal e direto com crianças e adolescentes acolhidas,

O projeto visa promover a visita guiada de pretendentes à adoção, já devidamente habilitados no Sistema Nacional de Adoção - SNA, às Unidades de Acolhimento de Fortaleza. Proporcionando a interação de pretendentes à adoção com crianças e adolescentes acolhidos e com a realidade das Unidades de Acolhimento e estimulando o aumento de adoções e apadrinhamentos de crianças e adolescentes fora do perfil. A ideia é que, a partir dessa visibilidade,

de e contato pessoal com as crianças e adolescentes disponíveis, os pretendentes possam ter acesso a novas possibilidades sobre o perfil inicialmente pretendido.

A meta prevista, portanto, é acompanhar as visitas dos pretendentes, previamente habilitados no SNA à adoção, às Unidades de Acolhimento em funcionamento na cidade de Fortaleza e contribuir para com o aumento do número de adoções e apadrinhamentos, principalmente das crianças e adolescentes que estão fora do perfil preferencial de adoção.

A visita guiada é uma projeto de incentivo ao apadrinhamento e à adoção de crianças e adolescentes acolhidos na cidade de Fortaleza, principalmente daquelas consideradas fora do perfil prioritário das adoções, em razão da idade (crianças maiores de 07 anos; pertencente a grupos de irmãos e com deficiência física e mental);

O que se pretende, portanto, é dar visibilidade às crianças e adolescentes, consideradas fora do perfil, que se encontram acolhidas e assim, sensibilizar, incentivar o apadrinhamento e adoção, promover com os demais serviços da Rede, sistema de justiça e sociedade civil, formas de incentivar o apadrinhamento e a adoção, constituindo um serviço de referência ao promover uma mudança cultural e de sensibilização sobre adoção e apadrinhamento, principalmente quanto aos perfis das crianças e adolescentes a serem apadrinhados e adotados.

As visitas guiadas proporcionam uma maior articulação e integração da Defensoria Pública com os serviços já existentes que compõem a Rede de proteção e a sociedade civil, através de visitas rotineiras aos abrigos, de modo a chamar atenção para a necessidade de apadrinhamento e colocação de crianças e adolescentes em família substituta;

Quero uma família – Rio de Janeiro

No Rio de Janeiro, merece destaque o projeto Quero uma Família, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude do Ministério Público do Estadual.

O projeto se volta essencialmente à busca de famílias para as crianças e adolescentes acolhidos que se encontram em condições de serem adotados, sem pretendentes habilitados interessados em sua adoção. O sistema é acessível aos habilitados, mediante cadastramento e fornecimento de senha.

O projeto pretende não apenas buscar um filho para aqueles que pretendem adotar, mas também e principalmente buscar uma família para a criança ou adolescente que não a possui e a deseja.

O sistema possibilita maior articulação com os pretendentes à adoção, permitindo que se alcance o maior número possível de crianças e adolescentes, permitindo a elas encontrar uma família, dando efetividade ao direito fundamental destes à convivência familiar e comunitária.

Adote uma boa noite – São Paulo

O projeto Adote um boa-noite visa estimular a adoção tardia por meio de mensagens das próprias crianças em busca de um lar, através de uma plataforma digital em que as crianças gravam vídeos contando um pouco de suas histórias de vida e o compartilham o desejo de terem uma família e um novo recomeço.

A plataforma pode ser acessada através do site do Tribunal de Justiça de São Paulo em <https://www.tjsp.jus.br/adoteumboanoite>.

Em busca de um lar – Distrito Federal

O programa Em Busca de um Lar do Distrito Federal Lar ajuda na busca ativa de famílias para adoção de crianças e adolescentes que estão em busca de uma família, mas não têm o perfil preferido pela maioria das famílias adotantes, seja por necessitarem de cuidados especiais, seja por serem crianças maiores ou adolescentes, ou mesmo porque fazem parte de grupos de irmãos.

O programa Em Busca de Um Lar foi lançado em 02/05/2019 pela Vara da Infância e da Juventude do DF, e apresenta o perfil desses meninos e meninas que procuram encontrar a afetividade, o carinho, os cuidados dignos e o lugar definitivo e legal de um filho em uma família.

6. Considerações finais

É fato que há uma grande distorção entre números de crianças e adolescentes disponíveis e pretendentes. Para além de se discutir e buscar culpados, o fato é que muitas crianças continuam nos abrigos à espera de uma família.

Muitos projetos e estratégias buscam acelerar e incentivar os processos de colocação de crianças e adolescentes destituídas em uma família substituta. Dentre os quais, destaca-se a “Busca Ativa”. Um dos principais projetos de busca ativa no Brasil é a platafor-

ma A.DOT que tem como objetivo principal estimular a adoção de crianças e de adolescentes que geralmente não se enquadram nos perfis desejados pelos pretendentes habilitados.

O público-alvo são as crianças a partir dos 7 anos de idade, adolescentes, grupos de irmãos, acolhidos com algum tipo de deficiência ou outro problema de saúde, bem como aqueles estão há muito tempo destituídos do poder familiar e com dificuldade de colocação em família substituta. O intuito é fazer com que os pretendentes com um perfil muito restrito de aceitação possam conhecer esses acolhidos e dar uma nova chance para o futuro de cada um.

O aplicativo A.DOT é uma ferramenta de comunicação midiática, que tem a finalidade sensibilizar postulantes à adoção, para motivá-los a uma aproximação com crianças e adolescentes disponíveis para adoção.

A divulgação deve ocorrer de modo responsável e cuidadoso para evitar exposição das crianças e adolescentes e possíveis traumas que podem ser causados pela frustração, em caso de impossibilidade de uma adoção e rompimento de expectativas. O fato é que as experiências exitosas já existentes têm constatado que a visibilidade, sem bem praticada, a transparência das informações e o contato com plataformas digitais contendo relatos, desenhos, aspirações, expectativas das crianças e adolescentes por fotos e vídeos podem resultar em sentimentos de afeição, afinidade, simpatia, empatia e daí resultar no desejo mais forte e mútuo de se unirem em família.

O acesso dos pretendentes aos dados e informações dos acolhidos disponíveis para adoção, dá visibilidade para a situação real dos abrigos e das crianças e adolescentes que, muitas vezes sob o argumento da proteção, tornam-se invisíveis para a sociedade, permitindo assim, a sensibilização dos pretendentes para a necessidade de apadrinhamento e adoção de crianças e adolescentes acima de 7 anos de idade; com deficiência física e mental, que integrem grupo de irmãos ou que, por seu perfil, tenham dificuldade de encontrar padrinhos ou uma família substituta.

7. Referências bibliográficas

- Bulos, Uadi Lammego. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Dias, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- Didier, Fredie Jr. *Defensoria pública. Coleção Repercussões do Novo CPC*. V.5. Salvador: juspodivm, 2015.

- Fachin, Luiz Edson. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Comentários ao novo Código Civil: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das relações de parentesco*. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. Vol. VI. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- Madaleno, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- Madaleno, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. Nucci, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 3ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- Oliveira, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002..
- Rossato, Luciano Alves Et all. *Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado Artigo Por Artigo*. 9ª Edição. Saraiva: 2017
- Sarmiento, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- Valverde, Tadeu. *Guia de Adoção*. São Paulo: Ed. Roca. P. 637-645
- Venosa, Sílvio de Sávio. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/15142432/Manual_ADOT.pdf. Acesso em 10 de maio de 2020.
- <http://queroumafamilia.mprj.mp.br/>. Acesso em 10 de maio de 2020. <https://www.tjst.jus.br/adoteumboanoite>. Acesso em 10 de maio de 2020. <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/em-busca-de-um-lar-1>. Acesso em 10 de maio de 2020.

Agenda parlamentaria tucumana: prácticas tutelares que impiden el agenciamiento de las infancias

Lucas Santiago Vidal

1. Marco teórico y jurídico

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se ha proclamado que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Conforme esta pauta se fue formando un nuevo paradigma de protección de las niñas, los niños y las/los adolescentes. El “Sistema Tutelar” o de la “Situación Irregular” con una visión paternalista y asistencialista, que pone el acento en el deber del Estado y la familia frente a los “niños objetos” de prestaciones y protecciones fue dejándose de lado; el nuevo paradigma denominado “Protección Integral” entiende a las niñas, los niños y las/los adolescentes como personas integrales, titulares de derechos y que poseen prerrogativas estrictamente personales que pueden hacer valer por sí mismos.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) forma parte de nuestro bloque constitucional. En este sentido el artículo 24 de la Constitución de Tucumán (2006) insta al Estado a promover medidas de acción positiva para garantizar los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos otorgando una categoría de cuidado especial a los niños y a los jóvenes. Como resultado de las nuevas obligaciones internacionales se sancionaron las leyes de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes: Ley Nacional 26.061 (2005), Ley Provincial 8.293 (2010) y su Decreto Reglamentario 1615 del año 2015; estos tres instrumentos poseen un enfoque que no solo da cuenta de derechos reconocidos a la infancia y la adolescencia sino también de favorecer su aplicación.

En el plano de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos se ha trabajado de forma continua sobre la legislación internacional promotora y protectora de los derechos de las niñas, los niños y las/los adolescentes. En el Sistema Universal los principales articulados e instrumentos son: el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención sobre los Dere-

chos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000), el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (2000); las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores –"Reglas de Beijing"– (1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil –Directrices de Riad– (1990); este sistema también cuenta con un Comité creado convencionalmente que tiene como finalidad vigilar y analizar el progreso que se ha alcanzado en la realización de los derechos de la infancia, así como también sensibilizar y proveer conocimiento sobre los principios y provisiones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los estándares del Sistema Universal han materializado en las prácticas administrativas, políticas y judiciales los derechos de expresar opinión, de ser escuchados y poder influenciar en las decisiones que le concierne(n), ya sea por sí mismo o a través de sus representantes.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes, medidas cautelares, etc., como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas y jurisprudencia respecto del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y aplicando el corpus juris internacional de protección de las niñas, los niños y los/las adolescentes, han enfatizado en la importancia de que los Estados respeten y garanticen los Derechos de los infantes sin discriminación alguna como así también que adopten aquellas disposiciones de derecho interno que sean necesarias de hacer efectivos los derechos y libertades de estos. En el caso de la Corte Interamericana, ya en su primer pronunciamiento sobre la materia en tratamiento, Caso Villagrán Morales y otros (1999), expresó que el Estado debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción. En palabras del mismo tribunal "la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos sociales y culturales".

La Ley Nacional 26.061 y la Ley Provincial 8.293 –y su decreto reglamentario–, establecen criterios robustos y amplios de Promoción y Protección Integral de los derechos de las niñas, los niños y las/las adolescentes, en los cuales prevalece el interés superior del niño y comprende principios como ser el de efectividad, el de igualdad y no

discriminación, asimismo incluye un conjunto de garantías mínimas en los procedimientos judiciales y administrativos, como también una serie de derechos específicos para la participación de las y los infantes, cual es el derecho a ser oído que se ejerce personalmente ante la autoridad competente y en presencia de un profesional especializado en temas de niñez y adolescencia, a mayor abundamiento, el articulado reconoce los derechos de integridad personal, salud, educación, protección familiar, información, recreación, entre otros.

El reconocimiento de los derechos mencionados tiene como correlato del deber estatal de tomar medidas que torne efectivos a estos, evitando que devengan en declaraciones legislativas sin aplicación fáctica. Considero que aquí existe una gran deuda toda vez que la Legislatura de Tucumán usa un modelo de infancia que no se adecúa a todo este bagaje legal que conforma el corpus juris de las infancias.

Las políticas públicas deben entender a las niñas, niños y adolescentes como agentes sociales y captar sus necesidades. Este “niño-agente” debe dejar de ser invisibilizado en las pragmáticas políticas, y es necesario entender que no puede ser subvaluado por su edad, debemos evidenciar su actividad social y sus puntos de vista (Hipertexto PRIGEPP Infancias, 2020, 1.3).

Asimismo, este trabajo pretende abordar las dinámicas en torno a la conceptualización de género, perspectiva de género e identidad de género. el uso de la categoría “género” como herramienta de las ciencias sociales, herramienta que nace a partir del desarrollo de diferentes disciplinas que comienzan a encontrar en el repaso histórico y en la conformación social actual un trato desigual entre “lo femenino y lo masculino”, cada disciplina ha aportado desde su mirada propia elementos que permiten entender por qué la perspectiva de género es una herramienta metodológica válida y necesariamente transversal para las ciencias sociales en general y para el estudio de las relaciones sexo-genéricas en particular. Cuando referimos a esta multi e interdisciplinariedad de las ciencias sociales hablamos como mínimo de historia social, antropología, sociología y derecho.

Los estudios de las experiencias de las corporalidades trans y travestis en su relación con el Estado y la sociedad civil han ido profundizándose y adquiriendo nuevas dimensiones locales a la luz de los estudios de género(s) de los últimos 10 años. La mayoría de las investigaciones y publicaciones de conocimiento científico nacional parecen haber sido reorientados desde la aprobación de la Ley nacional N° 26.743 (2012) –Ley de Identidad de Género–, toda vez que la

producción académica compatibiliza con los principios fundantes de la mencionada norma: autodeterminación, desjudicialización y despatologización de las identidades y corporalidades trans y travestis. Sin embargo, si retrocedemos en el tiempo no es difícil encontrar estudios que desde la dogmática jurídica o con análisis peyorativo y errático de la categoría de género condenen las corporalidades no binarias.

Desde el discurso jurídico, Mizrahi (2006) analiza las identidades transexuales y travestis, omitiendo el uso conceptual de “transgénero”. Su razonamiento, orientado al juzgamiento de la subjetividad de las personas trans, generaliza el sentimiento de culpa que estas sentirían para con la naturaleza, la que habría dado lugar a un error del cual el o la transexual –siempre binario– es víctima. Patología, psicosis, paranoia, perversidad, neurosis e hipocondriasis, son los términos con los que el autor refiere a la condición clínica de la identidad trans, la que asevera se trata de disturbios en el plano psíquico que afectan la identidad sexual. No obstante, esta carga subjetiva de la identidad trans bajo el aparente manto de la objetividad de las ciencias de la salud mental, concluye en que el “fenómeno transexual” posee una clara aceptación jurídica, con tendencia mayoritaria dominante hacia el reconocimiento de la plenitud de los derechos invocados por “el transexual”, en el que sin pudor alguno da a entender que los derechos civiles que podrían ejercer las personas transexuales, como ser matrimonio, se tratarían de privilegios de generosidad social extraordinaria. Por su parte, la identidad travesti, solo es circunscripta al travestismo cual fetiche erótico, pero asevera que travesti y transexual son psicopatologías moderadas y graves/extremas respectivamente.

En idéntico espacio temporal, Cabral (2006) criticaba las categorías binarias sobre las que se pretendía construir las identidades, entendiendo que desde la transexualidad se repetía los modismos vivenciales propios del binarismo del género y de los imperativos de la hétero u homonormatividad. Lo que el autor denomina “transgeneridad” deviene, parafraseando a Neer (2017), en un término paraguas que incluye prácticas identitarias que atraviesan el binarismo, estas reflexiones tuvieron como antecedente, entre otras, los estudios postestructuralistas referidos al concepto de género, como los de Butler (1990) que comienzan a criticar las expectativas sociales sobre la identidad y su vinculación con lo biológicamente determinado por medio del sexo. Puede verse, el dualismo género-identidad se trataría de una construcción cultural no ancladas al sexo biológico. Con

sus matices, estos modos de entender la soberanía identitaria han tenido como logro que los discursos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sean neutros, así en el seno de la Organización de Naciones Unidas emergieron con *soft law* los Principios de Yogyakarta (2007) los que indican cómo aplicar la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Más aún, la ICD-11 (OMS, 2018) eliminó “incongruencia de género” de la clasificación de las enfermedades mentales, ahondando en esta línea de despatologización. En esta línea de pensamiento, las experiencias y vivencias de las personas transexuales, transgéneros y travestis, aparecen interpretadas y validadas como una forma subjetiva legítima.

Ambos posicionamientos, binarismo y espectro de género, están en constante tensión en la sociedad civil y en los agentes de poder estatal. En esta puja, las necesidades del colectivo trans-travesti para subsistir y mejorar su calidad y expectativa de vida, encuentran resistencias para institucionalizarse de modo similar a las dificultades de la institucionalización del género en las políticas públicas (Hipertexto PRIGEPP Programación, 2018, 2). Las estrategias del mencionado colectivo se orientan, entre otras, a la aprobación del cupo laboral trans, que conforme las investigaciones que existen actualmente sobre esta urgen principalmente para las feminidades trans-travestis (Ortega, 2019).

2. Formulación del problema de investigación

En la provincia de Tucumán, se encuentran deudas para con las infancias que tienen su génesis en el Poder Legislativo provincial. La falta de tratamiento de la adhesión a la Ley de Educación Sexual Integral; y la carencia de ley que regule el funcionamiento del abogado de niñas, niños y adolescentes en la provincia o el defensor de niñas, niños y adolescentes, son algunos de los ejemplos de esta deuda. Asimismo, abundan iniciativas que hacen hincapié en aspectos tutelares de las infancias o que responden a intereses confesionales como ser “educación sexual para el amor”, la protección del niño por nacer e incluso la desnaturalización de la Ley Micaela (Ley 27.499, 2019), en detrimento de políticas públicas que permitan el agenciamiento de niñas, niños y adolescentes conforme su progresiva autonomía.

En idéntico contexto espacial, las personas transexuales, transgéneros y travestis sufren constante discriminación, marginación y exclusión. Las políticas públicas del Estado provincial indican tener

un gran sesgo en cuanto al impacto de género y la identidad en función del autoapercibimiento en los términos de la Ley nacional N° 26.743 (Ley de Identidad de Género). En este contexto el colectivo trans-travesti ha plantado como bandera la lucha por el Cupo Laboral Trans, el que representa una medida proactiva en beneficio de las desigualdades estructurales que sufren, en la Legislatura provincial se han presentado diversas iniciativas para ponerlo en funcionamiento, sin embargo, no han podido ser aprobadas en sesión de la Cámara y en muchas ocasiones se le han impedido acceder al edificio de la Legislatura.

Ante estas dos situaciones surgen como preguntas que nodulares: ¿Cuáles son los actores políticos/legisladores que llevan al recinto parlamentario estas concepciones de la infancia?, ¿Existe vínculo entre la consideración de las infancias desde una perspectiva tutelar con los sesgos de género en la Legislatura de Tucumán?

3. Anticipaciones de sentido

Los posicionamientos de la Legislatura provincial como institución surgen a partir de la interpretación de dos situaciones diferentes, por un lado, las acciones activas e iniciativas aprobadas y por el otro por las omisiones o los silencios generados. De estos fenómenos sociales pueden observarse que se concibe a la infancia desde una perspectiva tutelar y no existe agenciamiento de las infancias.

Para con las cuestiones de género, surge el desconocimiento de la perspectiva de género como herramienta transversal a todas las ciencias sociales, incluido el derecho. Este desconocimiento se transformó en un prejuicio sobre el término “género” que se evidencia en algunas sesiones y que produce la violación de derechos como es la falta de adhesión a la Ley de Educación Sexual Integral, la obstaculización de la aprobación del cupo laboral de personas transexuales, transgéneros y travestis bajo el pretendido desconocimiento del autoapercibimiento de género y la intención de mantener el status quo del binarismo cishetero por parte de la mayoría de la clase política provincial.

El resultado de este posicionamiento es que las personas transexuales, transgéneros y travestis son marginadas y se ven imposibilitadas de concretar un proceso de institucionalización de sus luchas, dado que sus voces son acalladas, desprestigiadas y/o ignoradas sin importar las consecuencias que tengan en sus corporalidades.

A mayo de 2020 esta contextualización de las infancias y la ignorancia sobre las cuestiones de género es lo que ha impedido la

aprobación de la Ley de Educación Sexual Integral, Abogado del Niño, Ley Micaela y Cupo Laboral Trans.

En consecuencia, existe una vulneración de las niñeces trans como consecuencia de estos sesgos de género y la perspectiva tutelar que se presentan como temas “sensibles” en la agenda parlamentaria.

4. Consideraciones metodológicas

La investigación tiene principalmente un contenido de naturaleza cualitativa, a efectos de recabar las experiencias de los con representatividad del pueblo –legisladoras y legisladores– conforme la naturaleza constitucional del Poder Legislativo.

La modalidad de intervención será de observación no participante en las sesiones donde se debatieron iniciativas y dictámenes que eran de interés para esta sesión. A efectos de poder recabar de manera más acaba la información disponible es que se recurre a la consulta de las iniciativas presentadas en la Legislatura de Tucumán por parte de las y los legisladores y versiones taquigráficas de las sesiones.

La complementariedad estuvo dada por la consulta de los expedientes-iniciativas, su llegada y tratamiento –o no– en sesión y las sesiones propiamente dichas.

5. Iniciativas y sesiones – legislatura de Tucumán

A efectos del desarrollo de este apartado principalmente me referiré a las siguientes iniciativas que se han presentado “sensibles” y de difícil tratamiento en la Legislatura de Tucumán. Esta no tiene por objeto crear una valoración jurídica de las iniciativas planteadas sino comenzar a entender cuál es el norte de la agenda parlamentaria de la provincia y cómo termina impactando en la regulación sobre niñas, niños y adolescentes; sobre la cuestión de género y las identidades autopercibidas.

a. Abogado de niñas, niños y adolescentes

Existen diversas iniciativas para poner en funcionamiento el Abogado del Niño en la provincia. Se identifican las siguientes:

- a) Expte. N° 73-PL-19
- b) Expte. N° 88-PL-19
- c) Expte. N° 162-PL-19
- d) Expte. N° 209-Pl-19
- e) Expte. N° 255-PL-19

Todos los proyectos corresponden al año 2019 porque los anteriores fueron archivados en aplicación de la Ley de Caducidad de Proyectos de Ley (Ley 6846, 1997). De las primeras cuatro iniciativas hubo dos dictámenes de Comisión:

1. 11/09/2019 - Dictamen Comisión de Familia, Niñez, Adolescencia, Adultos Mayores y Discapacidad.
2. 20/09/2019 - Dictamen Comisión de Legislación General.

Ambos dictámenes diferían en algunas cuestiones como la Autoridad de Aplicación, pero ambas buscando regular dicho instituto en la provincia.

En sesión legislativa del 8 de octubre de 2019 se trató el dictamen de la Comisión de Legislación General, esta misma fue presidida por el Presidente Subrogante, Legislador Juri y como primera medida procedió por secretaría a la lectura de una nota ingresada en el día anterior que la refirió como remitida por el Arzobispado de la Provincia de Tucumán, aunque específicamente firmaba el Licenciado Presbítero. Marcelo Barrionuevo, Delegado Arquidiocesano para la Vida y la Familia y director del Centro de Bioética Tucumán. El texto de la mencionada nota decía lo siguiente:

“Me dirijo a Ud. y por su digno intermedio a la Honorable Legislatura de Tucumán a fin de solicitar que vuelvan a Comisión los diferentes proyectos de ley sobre el Abogado del Niño.

Solicitamos asimismo ser parte de una discusión más amplia, en donde estén representados todos los sectores especializados sobre el tema.

Esta inquietud parte luego de un diálogo con el señor Arzobispo de Tucumán, a quien le hice conocer las observaciones del informe que adjunto a la presente nota para su consideración (...).”

Acto seguido e inmediato pide la palabra el Legislador y Presidente del Bloque Oficialista (Partido Justicialista) –con mayoría absoluta– hace moción para que el proyecto regrese a Comisión el cual, aún ante la queja particular de algunos legisladores de que la vuelta a Comisión se deba a motivos religiosos esta es remitida nuevamente para su estudio.¹⁰¹

En función del paso del tiempo los dictámenes quedaron sin efecto porque las conformaciones de las comisiones se han modificado al asumir legisladoras y legisladores nuevos por renovación de

101 Al respecto: “Tras un pedido de la Iglesia tucumana, frenan la creación del Abogado del Niño” <https://www.eltucumano.com/noticia/actualidad/258826/tras-un-pedido-de-la-iglesia-tucumana-frenan-la-creacion-del-abogado-del-nino>

mandato. Esto en función de lo que establece el Reglamento Interno de la Legislatura de Tucumán.

b. Defensor del niño

Los múltiples proyectos que se presentaron para poner en funcionamiento Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes, no judicial, no fue dictaminado ni estudiado siquiera por la Comisión de Familia, Niñez, Adolescencia, Adultos Mayores y Discapacidad. Pese a que alguna iniciativa particular organizada por un Legislador armó un foro multidisciplinario esta no fue tratada.

c. Iniciativas y disputas interrupción del embarazo y niño por nacer

Como fue de público y notorio conocimiento, durante el segundo semestre del 2018 tuvo mucha visibilidad en los medios y en la sociedad civil los debates respecto a la Interrupción Legal del Embarazo y la autonomía del cuerpo de las mujeres. La Legislatura de Tucumán no quedó al margen de este debate y marcó posición.

Provincia Provida

En sesión del 2 de agosto 2018 se trató un dictamen de la Comisión de Derechos de la Mujer el que incluía seis proyectos de diferentes índoles –Ley y Resolución–, el texto del dictamen fue el siguiente:

“Declarar a la Provincia de Tucumán, de acuerdo con disposiciones legales, constitucionales y convencionales vigentes, como “Provincia Provida”, considerándose política de Estado la defensa de una existencia digna desde la concepción en el vientre materno, hasta la muerte natural implicando ello el desarrollo de programas, actividades y acciones *a favor de las Dos Vidas*¹⁰², con el fin de promover su protección, garantizar y hacer operativos íntegramente todos los derechos de la mujer embarazada y del niño por nacer.

Instar a los señores Diputados y Senadores Nacionales a fin de que, en oportunidad del tratamiento del proyecto que propone la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en la República Argentina, adopten la posición de rechazo de este y promuevan legislación tendiente a la protección integral de todos los derechos de la mujer embarazada y del niño por nacer”.

102 El subrayado y negrita me corresponde.

Muchos legisladores han hecho hincapié en la función de la Iglesia, su vínculo con la protección de la vida como categoría axiológica positiva absoluta y la necesidad de proteger los valores y la familia.

Dato anecdótico de esta sesión fue que se les prohibió el acceso a la Cámara, al recinto, a mujeres militantes a favor de Interrupción Legal del Embarazo.¹⁰³

Ley de protección integral de la mujer embarazada y el niño por nacer

El expediente 358-PL-18 firmado por 29 legisladoras y legisladores –de un total de 49–, se presentó el 01/11/2018, en un escenario en el que todavía la sociedad civil y la esfera política provincial se encontraba sensible y sumamente movilizada por el tratamiento del Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en el Congreso Nacional.

El proyecto tenía por objeto generar un marco jurídico, que se traduce en otros términos en un programa para evitar que las mujeres embarazadas, bajo modalidad consensuada o delictiva, no interrumpen sus embarazos legalmente.

Pero su el art. 4 establece: “[q]ueda absolutamente prohibida la discriminación al niño por nacer gestado por causa de violación. En el ámbito de la provincia, no se reconoce la categoría discriminatoria de “niños deseados” y “niños no deseados” por ser contraria a la garantía constitucional de igualdad, y a los Tratados de Derechos Humanos incorporadas a la Constitución Nacional”. Es decir, va en contra de lo normado en el Código Penal, puesto que sí existe la violación y una mujer sí puede quedar embarazada producto de una violación. Asimismo, no especifica la normativa internacional, lo cual implica un error de técnica legislativa.

Tal como lo expresa Sagues en su Manual de Derecho Constitucional (2012), la Constitución nacional otorga al gobierno federal competencias para dictar normas destinadas a regular el “derecho común” (civil, comercial, penal, laboral, etc., conforme el art. 75, inc., 12): “El art. 75, inc. 12, deja en manos del Congreso nacional dictar los códigos, entre los que se encuentra el penal. El objeto del artículo constitucional ha sido lograr uniformidad de las instituciones sustantivas o de fondo, salvaguardando la diversidad de jurisdic-

103 Mujeres con pañuelos verdes denunciaron que no las dejaron entrar a la Legislatura <https://www.lagaceta.com.ar/nota/779204/actualidad/mujeres-panuelos-verdes-denunciaron-no-dejaron-entrar-legislatura.html>

ciones propia de una forma federal de gobierno (...) Las provincias no pueden válidamente abordar temas de derecho común después de dictados los códigos nacionales”.

Al vivir en un Estado federal se establecen relaciones que pueden ser: 1) de coordinación; b) de supra y subordinación y c) de inordinación. En esta oportunidad, importan las primeras por lo que debemos decir que dentro de ellas puede haber:

a. Materias exclusivas cuya legislación pertenece al Estado federal;

b. Materias concurrentes aquellas que pueden ser reguladas tanto por el Estado federal como por las provincias/municipios.

Así, las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (art. 121 CN). Al corresponder al derecho común de fondo la legislación penal, la provincia no tiene ninguna competencia.

Los 29 legisladores firmantes pueden excusarse de crear una legislación que es la mejor para la provincia, pero lo hace usando elementos y herramientas que no cuenta, creando ese desatino jurídico que nada tiene que ver con la protección de los niños por nacer.

En el capítulo IV sobre “Mujeres víctimas de delitos contra la integridad sexual” expresa que el Estado deberá implementar medidas de asistencia integral debiendo obtener y preservar pruebas vinculadas con el delito. Siendo la mujer informada de las consecuencias físicas y psicológicas que apareja un aborto, debiendo ser informada de alternativas al aborto. Y por último, se regula algo que implica la revictimización de la mujer esto es paupérrimo: una vez informada y asistida se deberá realizar de manera obligatoria una ecografía como parte integrante del derecho de la mujer a su salud y la información.

En este sentido, la CSJN en el fallo FAL exhortaron a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos y a disponer un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio.

Sobran iniciativas en la Legislatura de Tucumán en el sentido contrario.

d. Día del niño por nacer

Se ha convertido en un hito de la agenda parlamentaria tucumana y van llevando a cabo tres encuentros –uno por año– desde que se aprobó por iniciativa de, entre otros, el Legislador Raúl Albarracín.¹⁰⁴ Al que voy a vincular con tres hitos –puntos e, f y g– que grafican la concepción que se tiene respecto a las cuestiones de género en la Cámara.

e. Cupo laboral trans

En fecha 30 de agosto de 2017, la Legislatura sesionaba y en el orden del día se encontraba un dictamen de la Comisión de Derechos Humanos que ponía en funcionamiento en la provincia el Cupo Laboral para Personas Trans y Travestis. Previo a que hable el miembro informante de esta Comisión, el legislador Albarracín (UCR) pidió la palabra para decir y mocionar lo siguiente:

“Pondero la labor de la Comisión de Legislación Social y de la Comisión de Derechos Humanos que preside la señora Legisladora Bulacio y el señor Legislador Valdez, respectivamente. En aras a generar la inclusión y a eliminar cualquier tipo de discriminación, señor Presidente, pero estimo que el tenor de este proyecto entra en colisión con principios constitucionales específicamente el artículo 16 de la Constitución Nacional, también en su versión Provincial, en donde para acceder a los empleos es requisito la idoneidad y no una condición personal en virtud de lo cual, generar este tipo de prioridades para sectores o determinados colectivos o grupos puede generar planteos de inconstitucionalidad, señor Presidente,

Por lo cual estimo que es procedente que este proyecto tenga el estudio de la Comisión de Asuntos Constitucionales e Institucionales en virtud de lo que establece el Reglamento Interno en nuestra Cámara, ya que el primero de los ítems o de las facultades, competencias que le otorga a la Comisión de Asuntos Constitucionales e Institucionales es el de interpretar los principios constitucionales.

Señor Presidente, la igualdad de herida del derecho a la libertad y la admisión en los empleos requieren una condición que la idoneidad en virtud de ellos no son condiciones de idoneidad, sino son condiciones personales, el sexo, la religión, las creencias políticas, porque lo que sería inconstitucional es que una norma se apoye en estos supuestos, señor Presidente. En virtud de ello, mociono, señor

104 Tanto el legislador que había presentado la iniciativa de Cupo Laboral para Personas Transexuales, Transgéneros y Travestis como el mencionado allí pertenecen a la Unión Cívica Radical.

Presidente que el proyecto sea remitido a la Comisión de Asuntos Constitucionales e Institucionales”.

Claro está que fue votado por unanimidad por el bloque oficialista, que como fue mencionado tienen mayoría agravada y luego se encolumnan en el discurso de un opositor para matar el proyecto.

El manto de constitucionalidad que pretenda obstaculizar el tratamiento de esta iniciativa no se ajusta a los estándares de derecho. Para eso es preciso entender la soberanía identitaria bajo la premisa de que dualismo género-identidad se trata de una construcción cultural no ancladas al sexo biológico ha tenido como logro que los discursos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sean neutros, así en el seno de la Organización de Naciones Unidas emergieron con *soft law* los Principios de Yogyakarta (2007) los que indican cómo aplicar la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Más aún, la ICD-11 (OMS, 2018) eliminó “incongruencia de género” de la clasificación de las enfermedades mentales, ahondando en esta línea de despatologización. En esta línea de pensamiento, las experiencias y vivencias de las personas transexuales, transgéneros y travestis, aparecen interpretadas y validadas como una forma subjetiva legítima.

Respetando estos lineamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece, desde el caso caratulado “Atala rizzo y niñas vs. Chile” (2012), una clara interpretación a favor de la inclusión y la eliminación de argumentos que perpetúen y reproduzca la discriminación histórica y estructural que ha sufrido una minoría como el colectivo LGBT. Por su parte, la Comisión Interamericana ha publicado dos informes temáticos relacionados a las obligaciones de los Estados parte para con el colectivo LGBT y cuáles son los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos para son sus necesidades.

Este avance hecho por el SIDH sin dudas se opone a un sector del discurso jurídico más conservador, que juzga la subjetividad de las personas trans, generaliza el sentimiento de culpa que estas sentirían para con la naturaleza, la que habría dado lugar a un error del cual el o la transexual –siempre binario– es víctima. A nivel nacional la Ley de Identidad de Género N° 26.743 es un hito en el respeto de las subjetividades, este debe entenderse como el puntapié hacia un Estado más respetuoso de las identidades no cisgénero, que procuren la modificación de los estereotipos que recaen sobre las personas trans.

f. Ley de Protección Integral de los Adultos Mayores en Tucumán

En sesión de fecha 20 de febrero de 2020 se trató el dictamen del expediente 28-PL-20, Ley de Protección Integral de los Adultos Mayores, cuyo artículo 12 establece:

“DERECHO A LA IDENTIDAD. El derecho a la identidad supone el derecho a una nacionalidad, a un nombre, a su cultura, a su lengua de origen, al género en el cual se percibe, a su familia biológica o afín, preservando sus relaciones familiares”.

Esto entró en discusión en el recinto, toda vez que el legislador hasta ahora mencionado hizo una moción para modificar la redacción de este, específicamente pidió cambiar la redacción “género en el cual se percibe” por otro derecho que no se vincula la identidad. Esta moción fue discutida por el miembro informante de la Comisión de Familia, Niñez, Adolescencia, Adultos Mayores y Discapacidad. Terminó quedando en la redacción de la Ley sancionada, pero se pudo apreciar malestar en el Legislador que hizo la moción como también la idea de realizar un recorte de derechos como es el derecho a la identidad ya reconocido en la legislación nacional.

g. Ley Micaela y Derechos del Niño

En abril y mayo del corriente –2020– la Legislatura de Tucumán comenzó a dinamizar el trabajo respecto de la adhesión a la Ley Nacional N° 27499 (Ley Micaela) que tiene por objeto la capacitación en temáticas de género y violencia contra la mujer a los tres poderes. Tucumán es la única provincia que no ha adherido a la Ley. Los sectores del oficialismo y oposición han presentado diversas iniciativas donde se presenta la siguientes variantes:

- i. Adhesión a la Ley nacional,
- ii. Ley provincial para capacitar en violencia contra la mujer y derechos del niño,
- iii. Ley provincial para capacitar en violencia contra la mujer.

El segundo proyecto se encuentra fundado en la necesidad de una Ley local en donde prime “valores consagrados en Tucumán” y la necesidad de proteger la familia en su más amplia redacción. La tercera iniciativa detalla los contenidos que deben dictarse, conteniendo solo violencia a la mujer en sus aspectos más críticos: física, psicológica, política y económica.

Al momento de terminar la redacción de este trabajo se está esperando la sesión en la que se incluya la Ley de capacitación relacio-

nada a la temática, pero no se desconoce el contenido de fondo de tales formaciones. Esta debería ser tratada el día 21 de mayo de 2020.

6. Reflexiones finales

En el marco de una agenda parlamentaria que activamente ha promovido una agenda vinculada el humor social-político, y no a la promoción de derecho es que resulta evidente una relación asimétrica en donde niñas, niños y adolescentes no son considerados sujetos activos de derecho y el principal instrumento que se había planteado para darles voz, el abogado del niño ha sido postergado. Mismos actores en idéntico espacio-tiempo han demostrado tener un vínculo poco cercano a la categoría de género y en algunas oportunidades han intentado limitar el goce de determinados derechos como es la identidad conforme el género autopercebido.

En este contexto resulta evidente que la no sanción de una Ley de Educación Integral en la provincia responde a criterios de índole política donde derechos reconocidos y estándares consensuados se postergan.

Este trabajo va a profundizarse y modificarse para su posterior publicación, adecuándose a la metodología de investigación que se requieren y adecuando la recolección de datos.

7. Referencias bibliográficas

- Cabral, Mauro (2006) “La paradoja transgénero”. En Ciudadanía Sexual.org. Boletín Electrónico del Proyecto Sexualidades, Salud y Derechos Humanos en América Latina, N°18, Año 2.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso González y otras (“Campo Algodonodero”), sentencia. Costa Rica.
- Frías Ortega, C. (2016/2018) Planificación social, análisis prospectivo y tecnologías para el cambio organizacional: la gestión y evaluación de políticas de equidad de género [Hipertexto]. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Ley 26473 (2012) Identidad de género. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 9 de mayo de 2012. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>
- Ley 26473 (2012) Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres Poderes Del Estado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 de enero de 2019. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318666/norma.htm>
- Mizrahi, M. (2006) Homosexualidad y transexualidad. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Astrea.

- Neer, A. (2017) Travestismo, transexualidad y transgeneridad en los discursos del Estado argentino. TeseoPress. Buenos Aires.
- Ortega, J.; Lenzber, A & Marentes, M. (2019) Condiciones de vida de la población trans, situación laboral e inserción al mercado formal de trabajo. Buenos Aires.

El acceso discursivo a la justicia

Eliana Rocío Wenk¹⁰⁵

1. Introducción

La presente ponencia plantea el acceso al discurso jurídico y judicial como parte del acceso a la justicia de la niñez y adolescencia. Esto comprende el uso de un lenguaje adecuado y se relaciona con el derecho a la información y la comunicación judicial efectiva.

El planteo se centra en la niñez y adolescencia como personas en condición de vulnerabilidad para el acceso a la justicia, pero se aportan cuestiones aplicables a la generalidad de las prácticas judiciales y a cualquier otra condición de vulnerabilidad.

Para ello, se hace un encuadre normativo convencional sobre el acceso a la justicia de personas vulnerables y sobre el lenguaje comprensible en las prácticas judiciales.

En función del marco normativo y las fuentes bibliográficas que se referencian al final del trabajo, se construyen conceptos, principios y algunas reglas prácticas para acercar el lenguaje judicial a la ciudadanía en general y a la niñez y adolescencia en particular.

Se habla de un lenguaje claro, inclusivo y con perspectiva de género, aplicable a todas las prácticas judiciales. Mientras que, según las condiciones de cada persona, puede usarse el lenguaje sencillo y formatos de fácil comprensión.

2. Encuadre normativo convencional

Para hablar del acceso a la justicia de la niñez y adolescencia, es importante destacar que son personas titulares de derechos. Esto es reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño y por diversos instrumentos del derecho internacional; lo que causó una serie de cambios en el derecho interno del Estado argentino.

Como ejemplo de otros instrumentos internacionales, se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Opinión Consultiva Nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las ob-

105 Empleada del Poder Judicial de Córdoba.

servaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, las 100 Reglas de Brasilia, entre otros. Como ejemplo de normas internas, en el ámbito nacional se encuentra la ley Nro. 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y en la provincia de Córdoba está la ley Nro. 9944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Córdoba.

Luego, debe tenerse presente que la niñez y adolescencia no siempre fue considerada de esa manera. La Convención de los Derechos del Niño significó un cambio de paradigma en el cual la niñez dejó de ser objeto de protección para ser personas titulares de derechos.

Las prácticas judiciales están diseñadas para ser llevadas a cabo por y con personas adultas. Por lo que las personas niñas y adolescentes tienen dificultades para el efectivo acceso a la justicia, lo que las constituye como personas vulnerables.

Las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas vulnerables establece el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.¹⁰⁶

La regla nro. 4 menciona las causas de vulnerabilidad de manera ejemplificativa:

- la edad,
- la discapacidad,
- la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías,
- la victimización,
- la migración y el desplazamiento interno,
- la pobreza,
- el género y
- la privación de libertad.¹⁰⁷

Entonces, por razón de la edad, la niñez y adolescencia es considerada un grupo vulnerable. Se indica que debe tener una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia de acuerdo con

106 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 3.

107 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 4.

su desarrollo evolutivo¹⁰⁸ y que deben promoverse las condiciones necesarias para cada persona vulnerable para que la tutela judicial sea efectiva.¹⁰⁹

Entre las medidas vinculadas al discurso judicial que deben tomar los estados para el acceso a la justicia, se encuentran las siguientes:

- Brindar información sobre los derechos, procedimientos y requisitos para influir en la cultura jurídica.¹¹⁰
- Garantizar el uso de intérprete cuando haya personas que no conocen la lengua o las lenguas oficiales.¹¹¹
- Revisar los procedimientos para facilitar el acceso.¹¹² Esta revisión incluye la simplificación de los requisitos procesales¹¹³, medidas de organización y gestión, promover la oralidad¹¹⁴, entre otras.
- Adaptar los actos procesales a la situación específica de la persona¹¹⁵, lo que incluye el derecho a la información sobre todos los aspectos relevantes del proceso¹¹⁶ y sobre la protección de sus derechos e intereses¹¹⁷; lo cual debe hacerse desde el inicio y durante toda la tramitación del proceso.¹¹⁸ El medio debe ser el adecuado para que la información llegue al conocimiento de la persona destinataria.¹¹⁹
- Impulsar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer, con especial atención a las situaciones de violencia.¹²⁰
- Reducir las dificultades de comunicación, para que la persona comprenda su alcance y significado.¹²¹ Para ello, las notificaciones y requerimientos, las resoluciones, las actuaciones orales

108 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 5.

109 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 25.

110 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 26.

111 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 32.

112 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 33.

113 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 34.

114 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 35.

115 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 50.

116 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 51.

117 100 Reglas de Brasilia, reglas Nro. 52 y 53.

118 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 54.

119 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 55.

120 100 Reglas de Brasilia, reglas Nro. 17-20.

121 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 58.

y la comparecencia de la persona debe tener las siguientes características: usar términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles; evitar expresiones o elementos intimidatorios; emplear términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico; y expresarse con claridad.¹²²

Sobre la forma de comparecencia:

Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla.¹²³

En cuanto a la participación de niñas, niños y adolescentes en actos judiciales, establece que debe tenerse en cuenta su edad y desarrollo integral, debe usarse un lenguaje sencillo para facilitar su comprensión y evitar formalismos innecesarios.¹²⁴

En relación con las 100 Reglas de Brasilia, la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito Iberoamericano (redactada en el marco de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia en Cancún, México), hace referencia a la comunicación y el lenguaje en las prácticas judiciales:

“Todas las personas tienen derecho a que los actos de comunicación contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios”.¹²⁵

Todas las personas tienen derecho a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para todos los que no sean especialistas en derecho. Los jueces y magistrados que dirijan los actos procesales velarán por la salvaguardia de este derecho.¹²⁶

122 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 59-63.

123 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 72.

124 100 Reglas de Brasilia, regla Nro. 78.

125 Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito Iberoamericano, pto. 6.

126 Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito Iberoamericano, pto. 7.

Todas las personas tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Se deberá facilitar especialmente el ejercicio de estos derechos en aquellos procedimientos en los que no sea obligatoria la intervención de abogado.¹²⁷

“Todas las personas tienen derecho a disponer gratuitamente de los formularios necesarios para el ejercicio de sus derechos ante los tribunales cuando no sea preceptiva la intervención de abogado”.¹²⁸

Por su parte, el informe de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, de la Declaración Asunción Paraguay (XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana del año 2016 de las Presidentas, los Presidentes o representantes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia, y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura) hace referencia a la perspectiva de género y al lenguaje claro y accesible.

Sobre la perspectiva de género, manifiesta la importancia de incorporar la perspectiva de género y velar por la igualdad en los poderes judiciales y en las sentencias.¹²⁹

Con respecto al Lenguaje Claro y Accesible, expresa:

Afirmamos que la legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales, y que ello constituye un verdadero derecho fundamental del debido proceso; a tal efecto, entendemos que es esencial el uso de un lenguaje claro, e inclusivo y no discriminatorio en las resoluciones judiciales, y una argumentación fácilmente comprensible.¹³⁰

El Informe del grupo de Justicia y lenguaje claro: por el derecho del ciudadano a comprender la justicia¹³¹ de la misma cumbre, identifica los siguientes puntos:

- La necesidad de contar con un protocolo o instrumento que permita el uso del lenguaje claro e inclusivo y no discriminatorio en las resoluciones judiciales.

127 Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito Iberoamericano, pto. 8.

128 Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito Iberoamericano, pto. 9.

129 Declaración Asunción Paraguay, informe de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, ptos. 14 y 15.

130 Declaración Asunción Paraguay, informe de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, pto. 63.

131 Declaración Asunción Paraguay, Informe del grupo de Justicia y lenguaje claro: por el derecho del ciudadano a comprender la justicia.

- El esfuerzo de los jueces en adaptar su lenguaje (simple) a las circunstancias personales y culturales del caso, con mayor intensidad si cabe en ciertos supuestos.
- La necesidad de contar con un modelo básico de argumentación de las resoluciones judiciales.
- La necesidad de incorporar la perspectiva de género en el lenguaje y la argumentación de las resoluciones judiciales, eliminando el lenguaje sexista y los estereotipos de los documentos emanados de los órganos jurisdiccionales.
- La necesidad de recomendar la no inclusión en las sentencias, en caso de riesgo grave, de los datos personales de testigos, víctimas ni personas menores de edad (sentencias STEDH caso CC contra España del 06 de octubre de 2009).
- La necesidad de contar con un glosario de aspecto jurídico divulgativo, que facilite la comprensión a las personas usuarias y la ciudadanía como colectivo de las resoluciones que les afectan.

3. La importancia del lenguaje adecuado en el acceso a la justicia

El uso de un lenguaje adecuado en las prácticas judiciales constituye el acceso discursivo a la justicia, que es el derecho de la ciudadanía a comprender el contenido de lo que produce el Estado cuando desarrolla la función judicial.

También se lo llama derecho a “comprender el derecho”, a “comprender la justicia” y a “entender”.

Es un derecho que además permite el ejercicio de otros, por ejemplo: derecho a la educación, a la cultura, a la información, entre otros.

El acceso al discurso judicial forma parte del acceso a la justicia porque este servicio solo puede ser accesible y creíble para las personas usuarias si pueden entender el contenido de las decisiones y comunicaciones judiciales.

Además, el derecho a comprender es parte fundamental del derecho al debido proceso. Las partes deben entender los alcances y el desarrollo del proceso, el qué y el porqué de la respuesta que el Poder Judicial está brindando como solución de sus problemas.

Los hechos que suceden en el proceso tienen una trascendencia en la vida de las personas. Lo que se decide en una resolución judicial es un mensaje que va dirigido a las personas usuarias del servicio, también a la comunidad. Por este motivo, las comunicaciones judiciales impactan en la legitimidad de la institución judicial.

Además, el derecho a comprender es una exigencia dentro del Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, la realidad social requiere el uso de comunicaciones claras, sencillas y comprensibles para fortalecer el acceso a la información pública, la confianza en las instituciones, los mecanismos de control social y la certidumbre jurídica.

4. El derecho a la información

Es el derecho de las personas usuarias del servicio de justicia a ser informadas de todos los aspectos relevantes del proceso, de la protección de sus derechos y defensa de sus intereses.

Este derecho pertenece a todas las personas. Pero existe una protección especial de su ejercicio por parte de la niñez y adolescencia, por ser considerada un grupo vulnerable en las 100 Reglas de Brasilia.

El uso de un lenguaje adecuado y comprensible y la comunicación judicial efectiva son esenciales para el ejercicio pleno del derecho a la información.

5. La comunicación judicial efectiva

El punto de partida de la comunicación judicial efectiva es que la persona usuaria del servicio de justicia es el centro del proceso comunicativo.

La persona usuaria es la destinataria del mensaje que el personal judicial pretende comunicar; quien lo interpretará según su manera de ver y conocer.

El éxito de la comunicación está en la comprensión que ha logrado la persona receptora. Por lo tanto, el personal judicial debe conocer a la persona a la que va destinado el mensaje que pretende comunicar, sus condiciones y el contexto de tiempo y lugar en el que ocurre el acto comunicativo.

El Manual de Redacción Jurisdiccional para la Primera Sala Suprema de la Corte de Justicia de México de noviembre de 2007, señala que el buen resultado de la comunicación judicial se traduce en lograr textos que se comuniquen con facilidad y que sean recibidos por sus destinatarios con aprobación. Se considera que puede tener un lenguaje claro y sencillo sin afectar su carácter formal.¹³²

132 Manual de Redacción Jurisdiccional para la Primera Sala Suprema de la Corte de Justicia de México.

6. ¿Cuáles serían los principios del acceso discursivo a la justicia?

- Permitir que las personas conozcan sus derechos y obligaciones, en consonancia con un adecuado ejercicio de estos. La difusión no alcanza si no va acompañada de la claridad necesaria.
- Incrementar la seguridad jurídica.
- Eliminar las barreras lingüísticas.
- Efectivo acceso a la justicia para toda la comunidad, con énfasis en los grupos vulnerables.
- Afianzar la justicia como valor. Justicia real y efectiva.
- Facilitar el entendimiento entre el Estado y la sociedad.
- Fortalecer la democracia, la transparencia y la confianza en las instituciones estatales.
- Permitir que las personas puedan controlar su vida y tengan la opción de elegir.
- Eliminar las concepciones elitistas que propicia el lenguaje jurídico poco claro.
- Establecer un lenguaje inclusivo y no discriminatorio.
- Eliminar términos anacrónicos, expresiones excesivamente técnicas o en latín.
- Limitar las citas o jurisprudencias, en exceso genera un oscurecimiento a la exposición de razonamiento.
- Incorporar la perspectiva de género en el lenguaje y en la argumentación de las resoluciones judiciales. Evitar el lenguaje sexista y los estereotipos.
- Permitir una mayor participación de la ciudadanía.
- Adaptar el lenguaje a las circunstancias personales y culturales del grupo hacia el cual está dirigido.
- Contar con un modelo básico de argumentación de las resoluciones judiciales.
- Recomendar la no inclusión en las sentencias de los datos personales de testigos/as, víctimas y niñas, niños y adolescentes, en caso de riesgo grave.
- Elaborar un glosario de aspecto jurídico divulgativo.
- Promover la actuación de la institución judicial de modo más abierto y transparente.
- Construir prácticas de buen trato.
- Garantizar a las personas el derecho hablar su lengua y tener en cuenta valores y aspectos culturales de los/as justiciables.

7. ¿Cómo se puede/debe garantizar el acceso discursivo a la justicia?

Para garantizar el efectivo acceso discursivo a la justicia de todas las personas, es relevante el uso de un lenguaje claro, inclusivo y con perspectiva de género.

En los procesos que involucran a personas vulnerables y/o personas que no tienen patrocinio letrado, además de las cualidades mencionadas supra; puede aplicarse el lenguaje sencillo y formatos de fácil comprensión.

Se aplica a la comunicación oral y escrita.

7.1. Lenguaje claro

La claridad es un presupuesto en el lenguaje. Debe existir en todas las expresiones. Es un mandato que atraviesa toda redacción, cualquiera sea la persona destinataria del mensaje que se pretende comunicar. Por lo tanto, es lo primero que se debe cumplir en cualquier práctica judicial.

Luego, se verifica quién es la/s persona/s destinataria/s del mensaje para determinar si debe usarse un lenguaje sencillo o un formato de escritura fácil.

El uso de un lenguaje técnico y la comunicación formal no implica la ausencia de la claridad. Pero, el uso excesivo de palabras técnicas puede afectar la claridad en el lenguaje.

Durante las últimas décadas, el lenguaje claro se convirtió en la herramienta de trabajo de un conjunto de actores gubernamentales y no gubernamentales, quienes creen que los sistemas democráticos pueden fortalecerse en función de los mecanismos que hacen de la información pública una información clara, veraz, oportuna y confiable.

El Informe de la Comisión de Modernización de Lenguaje Jurídico de España del año 2010, “el derecho tiene que hablar como lo hace la gente (...). Si el ciudadano no entiende lo que hacemos, tampoco sabrá valorar los cambios que se efectúan en la justicia (...). Una justicia moderna es una justicia que la ciudadanía es capaz de comprender”.¹³³

La Argentina ha creado muy recientemente una red de lenguaje claro que cuenta con la colaboración de los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial–. Fue impulsada desde el Senado de la Nación y en ella participan también miembros de la Cámara de

133 Ministerio de Justicia de España, 2010, p. 2.

Diputados. La red pretende lograr que la información que interesa a la ciudadanía sea efectivamente accesible.¹³⁴

7.1.1. ¿Cómo se hace para escribir y hablar con claridad? Algunas ideas

- Moderar el uso de palabras técnicas.
- Jerarquizar la información.
- Hacer párrafos no muy extensos.
- Respetar las reglas de gramática y ortografía.
- Evitar gerundios: “habiendo”, “teniendo en cuenta”, “advirtiendo”.
- Evitar arcaísmos, frases rituales sin un verdadero contenido; Ej.: cambiar “cuasi” por “casi”.
- Hacer una argumentación jurídica adecuada. La construcción argumentativa debe basarse en los siguientes puntos: 1. Los fundamentos señalados por las personas usuarias; 2. El análisis de la norma aplicable al caso concreto; 3. Las pruebas.; 4. Las circunstancias especiales aportadas al caso; 5. La conclusión final.

7.2. Lenguaje inclusivo

Los compromisos asumidos en pos de la igualdad de derechos y libertades fundamentales de las personas –sin distinciones de sexo, raza, religión, etc.– deben proyectarse en nuestras producciones de textos. Esto, en la convicción de que el lenguaje puede contribuir a crear prácticas discursivas más igualitarias, que superen progresivamente viejas fórmulas muy estabilizadas.

La función judicial no se limita a la interpretación estandarizada de las normas formales. Sino que debe incluir a todas las personas en sus diversas particularidades.

El lenguaje debe ser el adecuado según los diferentes contextos. De lo contrario, puede considerarse un lenguaje discriminatorio.

Se recomienda evitar el lenguaje estigmatizante y discriminatorio para poblaciones vulnerables, aunque estas personas no sean parte del proceso.

Entre ellas, las comunidades y pueblos indígenas, personas migrantes, personas con discapacidad, personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, personas privadas de la libertad, diversi-

134 Graiewski, 2018.

dad sexual, etnia, religión o creencias, ideología política, y cualquier otra condición que pueda provocar discriminación.

7.3. Perspectiva de género en el lenguaje

La aplicación de la perspectiva de género en el lenguaje contribuye a la construcción del lenguaje inclusivo. Se basa en el derecho de las mujeres y disidencias de ser visibilizadas en la lengua en igualdad de condiciones que los hombres.

La utilización un lenguaje sexista, con estereotipos y prejuicios y la falta de consideración en el discurso de la relación desigual de poder existente en la sociedad por razones de género, puede ser una práctica discriminatoria o no inclusiva. Por lo tanto, se propician las prácticas que profundicen la igualdad lingüística en razones de sexo, género y orientación sexual.

7.3.1. Algunas ideas para aplicar la perspectiva de género en el lenguaje

- Evitar el uso del género masculino del lenguaje con valor para ambos sexos. Buscar alternativas al uso del masculino genérico.
- Usar el mismo trato para todas las mujeres independientemente de si están casadas o no casadas y de la edad. No designar a las mujeres como apéndices de otros hombres.
- Evitar asimetría de tratamiento dentro del texto.
- Tener en cuenta el uso de imágenes. Evitar imágenes que reproducen estereotipos y roles basados en el sexo y género.
- Evitar el uso de sustantivos o adjetivos femeninos con connotación peyorativa: ejemplo, “la concubina”.

7.4. Lenguaje sencillo

El lenguaje sencillo es un método de escritura simple que permite la lectura y comprensión por toda la comunidad. Surgió en Europa en el siglo pasado y fue tomado como principio por la ONU en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es una de las condiciones de acceso efectivo a la justicia, basada en el derecho a que las sentencias y resoluciones judiciales sean comprensibles a las personas destinatarias.

Se debe facilitar de manera especial en los procesos en los que no es obligatoria la intervención de un/a abogado/a.

Se utiliza cuando las personas destinatarias no tienen una dificultad para comprender el mensaje sino que carecen de conocimien-

to jurídico. Ejemplo: profesionales que no tienen formación en derecho (médicos/as, psicólogos/as, docentes, etc.), cualquier persona adulta con instrucción.

Es decir, es un lenguaje ciudadano, que debe respetar las exigencias técnicas necesarias pero ser comprensible para quienes no son especialistas en derecho.

7.4.1. ¿Cómo se habla en lenguaje sencillo? Algunas ideas

- Expresar una idea por oración.
- Oraciones cortas.
- Estructura básica: sujeto y verbo.
- Dirigirse directamente a la persona.
- Párrafos cortos, un tema por párrafo.
- Evitar el uso de términos técnicos. En caso ser necesario, explicar su significado.

7.5. Formatos de fácil comprensión

Se utiliza cuando las personas destinatarias del mensaje tienen alguna dificultad para comprenderlo. Ejemplo: personas con discapacidad; niñas, niños y adolescentes.

Consiste en una técnica de escritura fácil que puede incluir ilustraciones y cualquier forma de comunicación no verbal (gesticulación, lenguaje corporal, etc.).

La técnica de redacción y la forma de comunicación depende de las condiciones de cada persona. Por ejemplo, puede tratarse de una persona que solo comprende ilustraciones, que comprende palabras e ilustraciones; o solo sonidos, entre otras.

Se recomienda recurrir a los equipos técnicos (profesionales en psicología, psicopedagogía, trabajo social, entre otros) para desplegar la estrategia más adecuada.

8. Conclusiones

El acceso al discurso jurídico y judicial es parte del acceso a la justicia de la niñez y adolescencia. Esto es así porque el servicio de justicia solo puede ser accesible y confiable si las personas usuarias entienden el significado y contenido de las prácticas judiciales.

Es parte fundamental del debido proceso y es una exigencia del Estado de Derecho, porque permite el ejercicio de los derechos y libertades de las personas.

Tiene un impacto en la legitimidad de la institución judicial y en la seguridad jurídica.

Se relaciona con el derecho a la información de las personas usuarias del servicio de justicia, que consiste en ser informadas de todos los aspectos relevantes del proceso, de la protección de sus derechos y defensa de sus intereses.

También se relaciona con la comunicación judicial efectiva, que debe centrarse en la persona destinataria para desplegar las estrategias más convenientes para lograr el éxito en el proceso comunicativo.

El acceso discursivo a la justicia de la niñez y adolescencia tiene base normativa en la Convención de los Derechos del Niño, las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito Iberoamericano, el informe de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, y el Informe del grupo de Justicia y lenguaje claro: por el derecho del ciudadano a comprender la justicia de la Declaración Asunción Paraguay y demás instrumentos en el ámbito convencional, nacional y provincial que regulan la participación, la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia de las personas niñas y adolescentes.

La mejor manera de garantizar el acceso al discurso en las prácticas judiciales es, en primer lugar, el uso de un lenguaje claro, inclusivo y con perspectiva de género; en segundo lugar, el uso de un lenguaje sencillo y formatos de fácil comprensión, según sea más apropiado a las condiciones específicas de cada persona.

Es preciso tener en cuenta que el centro del proceso está dado por las personas usuarias del servicio de justicia. Por lo tanto, las prácticas judiciales deben ser adaptadas a las condiciones de esas personas, con la finalidad de garantizar de la mejor manera posible el ejercicio de sus derechos y libertades.

9. Referencias bibliográficas

- Abel, F. (2019). *Taller sobre Lenguaje Sencillo*. En Proyecto AJuV de acceso a la justicia de sectores vulnerables. Poder Judicial de la provincia de Córdoba.
- Arenas Arias, G. J. (2018). *Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho)*. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>
- Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez (2017). *MAPA Producción de Textos en el ámbito del Poder Judicial. Material didáctico*. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

- Comisión de Lenguaje Claro, Poder judicial de Chile. *Recomendaciones de Lenguaje Claro y Comprensible*.
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2002). *Carta de Derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial iberoamericano*.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2016). *Declaración de Asunción – Paraguay*.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2016). *Justicia y lenguaje claro: por el derecho del ciudadano a comprender la justicia*.
- Graiewski, M. (12 de mayo de 2018). “El lenguaje como herramienta para superar la oscuridad”. *Clarín*. Recuperado el 4 de junio de 2019 de https://www.clarin.com/opinion/lenguaje-herramienta-superar-oscuridad_0_HJSV_uXAz.html
- Ministerio de Justicia de España (2010). *Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico de España*. Recuperado el 10 de junio de 2019 de <http://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2013/05/cmlj-recomendaciones.pdf/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina (2017). *Se acordó formar la primera Red Nacional de Lenguaje Claro*. Recuperado el 10 de junio de 2019 de <https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-acordo-formar-la-primera-red-nacional-de-lenguaje-claro> (fecha de consulta: 25 de junio de 2018).
- Muñoz Machado, S. (2017). *Libro de estilo de la justicia*. Madrid: Espasa.
- Poder judicial del Perú (2014). *Manual Judicial de Lenguaje Claro y Accesible a los Ciudadanos*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017). *Reporte sobre la Magistratura en el Mundo. Día Internacional de la Diversidad Biológica*.

PARTE IV
*MIGRANTES, REFUGIADOS Y
DESPLAZADOS*

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios de expulsión de sus progenitores. Una perspectiva desde el Estado argentino

*Marina Salmain*¹³⁵

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es reflexionar sobre la necesidad de que todo organismo que intervenga en el proceso de expulsión de una persona migrante del país, reconozca la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNYA) como consecuencia de la expulsión de uno de sus progenitores del país.

Una de las razones que me llevaron a elegir el presente tema fue un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo Tribunal de la República Argentina, (en adelante, CSJN) que confirmó la decisión de expulsar una mujer migrante del país, a cargo de dos niñas y un niño argentino, sin que el Estado argentino haya atendido el impacto que la orden de expulsión y, consecuente prohibición de reingreso, tiene respecto de los/as niños/as involucrados/as y de la unidad familiar.

La decisión, a nivel local, quedó zanjada cuando la CSJN rechazó el Recurso de Queja por Recurso Extraordinario denegado, confirmando así la decisión administrativa de expulsión del país.¹³⁶

De este modo, a lo largo del proceso migratorio el Estado no garantizó: en primer lugar, la reunificación familiar de la madre con sus hijos/as argentinos/as, menores de edad; en segundo lugar, no permitió la representación legal autónoma de los niños y niñas, para que quede más claro, a través de la intervención del Defensor de

135 Abogada (Universidad de Buenos Aires) con estudios de Especialización en Migración y Asilo (Universidad Nacional de Lanús). Secretaria de Primera Instancia de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

136 CSJN “Recurso de Queja N° 1. S.O.R.A. C/ EN- M° INTERIOR-DNM-LEY 25871-RL 1393/10(EXPTE 524043/01) S/RECURSO DIRECTO PARA JUZGADOS”, expediente 5877/2011/1, sentencia de fecha 2 de mayo de 2019.

menores e Incapaces¹³⁷; ni tampoco garantizó el derecho que tienen los niños y niñas a ser oídos de manera directo/a y que su interés superior sea una consideración primordial.

El abordaje de dichas garantías, aunque parezca simple a la vista no lo es, debemos relacionar niñez, migración y proceso. Es un tema que necesariamente debe ser abordado, relacionado y construido en base a las prácticas, antecedentes legales y jurisprudenciales existentes.

Para ello, procederé a analizar los derechos de los NNyA involucrados en los procesos de expulsión de sus progenitores en el país; la respuesta de los organismos intervinientes y el impacto que sobre estos ha tenido el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 modificatorio de la Ley 25871.¹³⁸

2. Derechos de los niños, niñas y adolescentes en procesos de expulsión de sus progenitores

(I) Derecho de los/as niños/as a la unidad familiar

El concepto de *corpus juris* en materia de niñez significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha establecido que el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”.¹³⁹

137 La Resolución DGN 761/2013 otorga competencia en materia de asistencia de las niñas, niños y adolescentes hijos de migrantes sometidos a proceso de expulsión por parte de la Dirección Nacional de Migraciones a las Defensorías Federales que por turno intervienen en el fuero Contencioso Administrativo Federal.

138 Decreto de Necesidad y Urgencia No. 70/2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271245/norma.htm>
Ley No. 25.871, texto original, se puede ver en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/norma.htm>

139 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “La infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos” Segunda Edición, capítulo I, párr. 39

Este cuerpo normativo incorpora como derecho fundamental el derecho de los NNyA a vivir en familia, protege la vida privada y familiar y reduce a supuestos de excepción las posibilidades de separación de un niño/a de su núcleo familiar.¹⁴⁰

Igualmente, reconoce la protección de la familia, como unidad social básica. En este sentido los Estados tienen la obligación de fortalecer los vínculos y relaciones familiares a través de políticas concretas de protección.

Todo/a niño/a sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.¹⁴¹

Por ello, cualquier decisión estatal que afecte la unidad familiar, debe ser de carácter excepcional. El respeto por la unidad familiar hace necesario que el Estado no solo se abstenga de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que adopte acciones para mantener la unidad familiar o para reunificarlos, de ser el caso.

Y es el Estado quien se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, “[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.¹⁴²

En adición, el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) establece que las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial.¹⁴³

140 El derecho a la protección a la familia y la prohibición a las interferencias arbitrarias a la vida familiar se encuentran reconocidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y en los artículos 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

141 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, párr. 62.

142 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, párr.66

143 La Convención sobre los Derechos de Niño en su artículo 9 establece que: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen,

Ahora bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) reconoce que en el marco de sus atribuciones soberanas los Estados tienen, en primer lugar, la potestad de determinar su política migratoria y definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de personas no nacionales de su territorio; sin embargo, dicha potestad se encuentra limitada por los principios de respeto y garantía de los derechos humanos.¹⁴⁴

De acuerdo con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha determinado que en esta área ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es nacional son absolutos.¹⁴⁵

En este sentido, la CIDH ha coincidido con otros órganos internacionales en que debe haber un juicio de ponderación, conforme al cual se debe ponderar el interés legítimo del Estado de proteger y el derecho a la vida familiar, y toda medida que implique separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial.

Sobre juicio de ponderación y/o test de razonabilidad se ha pronunciado, en primer lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), cuya jurisprudencia ha tenido un enorme impacto en el sistema interamericano, quien determinó que en la medida en que una deportación pueda interferir en el derecho a la vida familiar, dicha medida de-

de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

144 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 166; CIDH, Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso, párr. 32; Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 97 y 169, entre otros.

145 CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 51.

berá estar prevista por ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Solo cuando la medida reúna todos estos requisitos se entenderá que es legal y no arbitraria y que, por lo tanto, se encuentra de conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 del Convenio.¹⁴⁶ En tal sentido, destacó que cuanto más sólidos son los vínculos del individuo y más prolongada su residencia, más difícil será para el Estado demostrar la proporcionalidad de la medida.¹⁴⁷ Asimismo, en casos de familias con hijos, cualquier decisión relativa a la separación del niño del núcleo familiar debe estar justificada por el interés del niño¹⁴⁸, por lo cual, las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo.¹⁴⁹

En sintonía con ello, y citando precedentes del TEDH, la CIDH también ha reconocido el derecho que tienen los estados a mantener el orden por medio del control de ingreso, permanencia y expulsión, sin embargo, este derecho debe equilibrarse con los perjuicios que pudiera ocasionar a las personas involucradas en cada caso en particular.

En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer

146 Cfr. TEDH, *C. v. Bélgica*. 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627, párr. 31; TEDH, “*Beldjoudi v. Francia*”. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86, párr. 74; TEDH, “*Nasri v. Francia*”, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92, párr. 41; TEDH, “*Boughanemi v. Francia*”, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 41; TEDH, “*Bouchelkia v. Francia*”, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28, párr. 48; TEDH, “*Boudjaidii v. Francia*”, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51, párr. 39; TEDH, “*Boujlifa v. Francia*”, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54, párr. 42).

147 Cfr. TEDH, “*Beldjoudi v. Francia*”. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86; TEDH, “*Berrehab v. Países Bajos*, Sentencia del 21 de junio de 1988.

148 Cfr. TEDH, *MPEV y otros v. Suiza*. Sentencia de 8 de julio de 2014, párr. 51; TEDH, “*T y K v. Finlandia*”, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 168; TEDH, “*Scozzari y Giunta v. Italia*”, Sentencia del 11 de julio de 2000, párr. 148; y TEDH, “*Olsson v. Suecia (Nº 1)*”, Sentencia del 24 de marzo de 1988, Series A No. 130, párr. 72.

149 Cfr. TEDH, “*Buchberger v. Austria*”, Sentencia del 20 de noviembre de 2001, párr. 35; TEDH, “*Elsholz v. Alemania*”, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; TEDH, *Case “Bronda v. Italia”*, Sentencia del 9 de junio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 51; y TEDH, “*Johansen v. Noruega*”, Sentencia del 7 de agosto de 1996, Reports 1996-III, para 52.

una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin.¹⁵⁰

En el ámbito local, al amparo de la Ley 25.871¹⁵¹, su art. 29 *in fine* establece que el Estado podrá dispensar la orden de expulsión por cuestiones de reunificación familiar.

En este sentido, distintos juzgados y tribunales del Fuero Contencioso Administrativo Federal, competentes en razón de la materia, se han expedido al respecto, ejerciendo su función jurisdiccional sobre las decisiones adoptadas por la Dirección Nacional de Migraciones¹⁵² (en adelante, DNM).

Sin embargo, es importante destacar que cuando uno habla de reunificación familiar, se refiere a un concepto subjetivo ¿y por qué digo esto? Porque si bien la ley da referencias, no hay pautas objetivas. Es el Estado, entonces, quien debe a través de una estricta ponderación de los intereses en juego, determinar si corresponde o no su aplicación.

Eventualmente se podría decir que el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 incluyó pautas objetivas, aunque en un sentido limitante, toda vez que restringió esta a determinados delitos, o bien exige en todos los caso convivencia del grupo familiar –cuando sabemos que la falta de convivencia no necesariamente implica que el padre o la madre no se haga cargo del niño, de su crianza, manutención económica, entre otros– pero hablar de su aplicabilidad sería reconocerlo cuando en principio sabemos a la fecha está bajo análisis de la CSJN, toda vez que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, CNACAF) declaró la invalidez constitucional de este.¹⁵³

150 Cfr. CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 166, con cita de la Corte Europea de Derechos Humanos, Berrehab c. los Países Bajos, Ser. A No. 138, 11 E.H.R.R. 322 (1988); Moustaquim c. Bélgica, Ser. A No. 193, 13 E.H.R.R. 802 (1991); Nasri c. France, Ser. A No. 322-B (1995); Beldjoudi c. France, Ser. A No. 234-A (1992); Chahal c. The United Kindom, Reports 1996-v pág. 1831 (1996); Gul c. Suiza, 22 E.H.R.R. 93 (1996).

151 El art. 29 *in fine* de la Ley N° 25.871, establece que “La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

152 La Dirección Nacional de Migraciones (DNM) es un organismo descentralizado actuante en la órbita del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, que establece los lineamientos y pautas generales de la política de población y migraciones.

153 CNACAF Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN- DNM s/ Amparo Ley 16.986” expediente 3061/2017, sentencia del 22 de marzo de 2018. En septiembre de 2017 varias organizaciones de la sociedad civil presentaron una acción de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 70/2017, la cual fue inicialmente

Entonces, el accionar del Estado se ve limitado por la obligación de atender los requerimientos de reunificación familiar en forma positiva y humanitaria, conforme los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados *ut supra*.

Sin embargo, en la práctica, pese a pronunciamientos aislados de distintos tribunales, en particular de la Sala V de la CNACAF, vemos con preocupación que este derecho no es valorado como lo ordenan los estándares internacionales de derechos humanos.

Así, y sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la totalidad de la jurisprudencia existente, citaré algunos precedentes que han permitido construir soluciones de un tema tan delicado como es la tensión existente entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio y las obligaciones de los Estados de proteger la familia y los niños/as.

En este sentido, la Sala V de la CNACAF, en un caso que aún se encuentra a estudio de la CSJN, ha dicho:

“[E]s aquí donde debe hacerse el test de razonabilidad que requiere el Ministerio público de la Defensa, poniendo en juego el derecho humano a la unidad familiar, con la norma que ordena expulsar del país a quien haya cometido un delito –como es el caso de la actora–; todo ello sin perjuicio de que la propia norma faculta a la autoridad administrativa a hacer una excepción de la norma que exige la expulsión por razones de unidad familiar. Y aquí el resultado no puede ser otro que entender que no resulta razonable la solución tomada por la autoridad administrativa con base en la legislación citada en este voto y la transcripta por la Sra. Juez de la anterior instancia.

[C]abe agregar que el término ‘podrá’ expresado en la norma; respecto de la autoridad administrativa debe entenderse como una facultad discrecional sin que se pueda asimilar discrecionalidad a irrazonabilidad. En otras palabras, lo discrecional debe ser razonable, y en el caso de autos, no lo es”.¹⁵⁴

En un sentido similar, la Sala I de la CNACAF ha dicho: “[El artículo 29, última parte, de la ley 25.871 ‘es una facultad propia y discrecional de la administración, derivada de la reconocida soberanía del Estado Nacional’, que –en términos de la Corte Interamericana-

rechazada por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 1, luego la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal revocó dicha decisión y declaró la invalidez constitucional de dicho decreto. La Dirección Nacional de Migraciones interpuso Recurso Extraordinario, el cual hace más de dos años se encuentra a estudio de la CSJN.

154 CNACAF, Sala V, “B.R.Z.C. c/EN-DNM Resol 561/11 (Expte 2091169/06 (805462/95)) y otro s/recurso directo para juzgados”, (Expte 31968/11) sentencia de fecha 31 de marzo de 2015.

na de Derechos Humanos– ‘debe ser efectuada de conformidad con las leyes reglamentarias de cada Estado’ y debe ser ‘compatible con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana’. Por tanto, la administración debe realizar un juicio de ponderación razonable entre los intereses involucrados (causa ‘Velito Castillo’, sentencia del 13 de noviembre de 2014)”.¹⁵⁵

Sin embargo, en general y de manera constante, distintos juzgados y tribunales suelen remitir al análisis efectuado en sede administrativa, entendiendo que es una facultad excepcional de la DNM, privativa del órgano administrativo, sin juzgar su razonabilidad, ni analizarlo a la luz del interés superior de los niños y niñas, ni ponderar las consecuencias que respecto de ellas tendría la decisión de expulsar a su madre o su padre, ofreciendo argumentos que no son compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para así resolver.¹⁵⁶

En función de ello, y a raíz de esta problemática que involucra mujeres migrantes con hijos/as a cargo, a través del Programa para la Aplicación de Tratados Internacional de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación, se ha articulado una comunicación al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la cual quedó registrada bajo el número 90/2019, y en resguardo de resguardo de los derechos de las/os niñas/os E, H. R. S., A. I. R. S. y A. H. R. se requirió al Estado argentino la no devolución de la Sra. R.A.S.O. a su país de origen, Perú.

Actuando en uso de las facultades que le confiere el artículo 6 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicación, instrumento ratificado por la República Argentina el 14 de abril de 2015 y el artículo 7 del reglamento del Comité en relación con el Protocolo precitado, el Comité en cuestión adoptó dicha medida en resguardo de los derechos de las/os niñas/os E. H. R. S.; A. I. R. S. y A. H. R. S.

Sin perjuicio de que el caso aún se encuentre pendiente de resolución ante el mencionado Comité, tal decisión fue el disparador para que la Dirección Nacional de Migraciones resolviera finalmente revocar la orden de

155 CNACAF Sala I, “C.C.R. c/En.M del Interior-Resol 715/11-DNM (expte 808848/08) s/recurso directo para juzgados”, expte 43.011/2011, sentencia de fecha 1 de septiembre de 2016.

156 CSJN, “RECURSO QUEJA N° 3 – CH. Q., M. M. C/ EN-M INTERIOR-DNM S/ RECURSO DIRECTO DNM” expediente 16182/2015/3; CSJN “RECURSO QUEJA N° 2 – C.G.A. C/ EN - DNM S/RECURSO DIRECTO DNM”, expediente 59.609/2017/2; CSJN “RECURSO QUEJA N° 2 – G.P.L.C. C/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM S/RECURSO DIRECTO DNM”, expediente N° 17719/2019/2., entre otros.

expulsión oportunamente dictada. En la actualidad, la Sra. R.A.S.O. posee su residencia permanente en el país.¹⁵⁷

Asimismo, recientemente, el Comité de Derechos del Niño celebró la resolución local de la controversia a través de un comunicado.¹⁵⁸ Allí, la miembro del Comité y presidenta del Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones Individuales, Ann Skelton, señaló que si la señora hubiera sido expulsada “sus hijos habrían tenido que ser separados de su madre u obligados a dejar la Argentina, el único país que conocen, su país de nacionalidad y nacimiento”, y agregó que “ambas opciones habrían tenido impactos en la integridad personal, la identidad y el desarrollo de los niños”.

Pero como este, hay cientos de casos, que esperan una respuesta estatal urgente, caracterizado por procedimientos administrativos y judiciales respecto de la población migrante que no atienden debidamente a los impactos que las órdenes de expulsión y prohibición de reingreso pueden tener respecto de los/as niños/as involucrados/as.

Con mayor detalle, y lo que aquí es específicamente materia de análisis, profundizaré alguno de los derechos que involucran NNyA en procesos de expulsión de sus progenitores y que deben ser considerados y no se ven limitados, y esto es importante hacer hincapié, que no se ven limitados por ningún tipo de proceso. El Estado debe aplicarlo siempre:

(II) Derecho de los/las niños/as ser representados/as autónomamente en el marco de todo procedimiento administrativo y/o judicial que pueda afectarlos.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño destaca la importancia de la participación de los niños, al disponer el derecho de los niños y niñas a expresar su opinión libremente y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.¹⁵⁹

157 Resolución SDX 065014 de fecha 1 de junio de 2020 del expediente administrativo de la DNM N 59083/20.

158 <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26196&LangID=S>

159 El artículo 12 de la CDN establece que “1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un

Para ello, los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado para todos los niños, incluidos los que están bajo cuidado parental, y un tutor capacitado para los niños no acompañados y separados, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito.¹⁶⁰

En general los distintos tribunales suelen reconocer que hay un interés especial de los/las niños/as en el resultado de los procesos de expulsión de sus progenitores y que los jueces tienen la obligación de tenerlo en cuenta al momento de resolver. Sin embargo, resulta preocupante, la negativa sistemática de distintos tribunales en dar intervención a la Defensoría de Menores e Incapaces en representación de los/as niños/as.

Para ello, suelen invocar que la Ley 25.871 no prevé la participación necesaria de los/as hijos/as menores de edad del interesado/a; ni que estos/as posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia y ordena la expulsión de su padre y/o madre del país. Del mismo modo, de manera reiterada, sostienen que los intereses de los niños y niñas se encuentran adecuadamente resguardados, al preverse en el art. 29 in fine de la ley 25.871, como dispensa a la expulsión, el derecho de reunificación familiar consagrado a todo migrante, el cual fue oportunamente alegada por la actuación de su progenitor, representado por el Defensor Público Oficial.¹⁶¹

Dicho razonamiento no resulta acorde con la normativa, local e internacional ya invocada.

representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

160 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño. *Observación general conjunta No. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* y *No. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*. CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22. 16 de noviembre de 2017, párr. 36.

161 Cfr. CNACAF, Sala IV, “CH.R.D.F. C/ EN-M° INTERIOR-RESOL 311/12-DNM (EXPTE 2291578/07) Y OTRO S/ RECURSO DIRECTO DNM” expediente 25164/2012/ CA1-CA2, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016; CNCAF, Sala II “C.T.P.K. C/ EN – M° INTERIOR – DNM S/ RECURSO DIRECTO DNM” expediente 10.189/2016, sentencia de fecha 24 de octubre de 2017; CNACAF, Sala I, “L.CH.Y.M. C/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM S/RECURSO DIRECTO DNM”, expediente 70.431/2017, sentencia de fecha 23 de agosto de 2018; JNCAF 1, “B.C.P.J. c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/RECURSO DIRECTO DNM” expediente 89205/2018, sentencia de fecha 24 de agosto 2020; JNCAF 7 “R.C.D.G. c/ EN-M INTERIOR-DNM” s/RECURSO DIRECTO DNM” expediente 33697/2016, sentencia de fecha 19 de agosto 2020; JNCAF 11 “C.A.N.F. c/ EN-M INTERIOR OP YV-DNM s/RECURSO DIRECTO DNM” expediente 66345/2019, sentencia de fecha 2 de marzo de 2020; JNCAF. 8 “A.O.A. c/ EN - M INTERIOR - DNM s/RECURSO DIRECTO DNM” expediente 10190/2016 sentencia de fecha 6 de marzo de 2019

En primer lugar, la ley nacional 26.061 establece –como garantía mínima en cualquier procedimiento judicial o administrativo en que se lleven a cabo actos que afecten a los niños, niñas y adolescentes– la obligación estatal de tomar en cuenta la opinión del niño, al momento de arribar a una decisión que lo afecte.¹⁶²

Asimismo, a través de la Resolución DGN N° 761/13 se consideró que los/las niños/as tienen un interés propio y específico en los procesos de expulsión sus progenitores en el país.

Para ello, y teniendo en cuenta la función institucional del Ministerio Público de la Defensa, de promover la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial, aquellas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, como son los/las niños/as, se dispuso “la intervención de la Sra. Defensora Pública a cargo de la Defensoría Pública ante los Tribunales Federales en carácter de Defensora de Menores e Incapaces de las personas menores de edad o sometidas a algún proceso de interdicción por padecimientos en su salud mental, *hijos de migrantes cuya expulsión se esté debatiendo en instancia judicial* en los términos de los arts. 59 del Código Civil y 54 de la Ley 24.946”.

Si bien dicha resolución se dictó al amparo de la antigua redacción del Código Civil, esta se ve reiterada por el actual art. 103, inc. “a” que claramente establece que la actuación del Ministerio Público es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad y su falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.¹⁶³

162 La LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Ley 26.061, en su ARTICULO 27 establece las GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

163 Código Civil y Comercial Nacional Artículo 103. Actuación del Ministerio Público La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores

Así, los Sres. Defensores de Menores e Incapaces están llamados a intervenir en forma complementaria en todo asunto judicial que afecte los derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes, de conformidad con el art. 43, inc. “b” de la ley 27.149, que reglamenta su actividad.¹⁶⁴

Al respecto, y con relación a la necesaria intervención del Ministerio Público, la CSJN ha sostenido que es descalificable la sentencia que omitió dar intervención al Defensor de Menores e Incapaces para que ejerciera la representación complementaria.¹⁶⁵

Sin embargo, con gran preocupación, el Estado, en todas sus esferas, suele negar la participación autónoma del representante legal de los/as niños/as, asumiendo, tal lo señalo, que en todo caso donde exista la posibilidad de expulsar a un migrante, el interés de sus hijos/as menores se encontrará protegido con la sola actuación técnica del abogado de su progenitor, desconociendo la actuación complementaria de los derechos e intereses de los niños.

Del mismo modo al confundir las atribuciones y los roles de la defensa técnica y de aquella complementaria de las niñas, identificándolas como un solo actor que ejerce una defensa, desconoce la autonomía e independencia técnica del Defensor de Menores e Incapaces en los términos del artículo 120 de la Constitución Nacional.¹⁶⁶

La necesidad de que los/as niños/as tengan su representante autónomo e independiente de sus progenitores también es conteste con las indicaciones de los organismos internacionales. El Estado debe garantizar la intervención del Ministerio Público en favor de un niño o niña en todo asunto judicial o extrajudicial en los que sean parte, de modo tal de controlar la actuación de los tribunales y de resguardar sus derechos.

- A nivel regional, la Corte Interamericana ha resuelto que, en el marco de la defensa de los intereses propios de un niño en un determinado procedimiento judicial, aquel tiene derecho a una asistencia letrada durante todo el proceso en el que se decida sobre sus derechos, lo que incluye la intervención prevista en

de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto”.

164 Ley No. 27.149. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=248189>

165 Fallos: 325:1347; 330:4498 y 332:1115; también doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291.

166 Constitución de la Nación Argentina. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

forma obligatoria en la legislación interna del Defensor de Menores.¹⁶⁷

- De este modo, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se fijaron claros estándares en la materia, indicado que “la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes *o contra su familia, sus padres*, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados”.¹⁶⁸
- Asimismo, en la Observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño, el Comité ha señalado que “[l]os Estados partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el derecho de los niños a ser escuchados en los procedimientos de inmigración relativos a sus padres, en particular cuando la decisión pueda afectar a sus propios derechos, como el derecho a no ser separado de sus padres”.¹⁶⁹
- Finalmente, recientemente, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en las Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina, recomendó al Estado argentino otorgar sin excepción, defensores independientes a los niños y niñas hijos de trabajadores migrantes, cuando sus padres o tutores están en un proceso administrativo y/o judicial, que afectará la situación de la persona menor de edad para que estos defensores

167 Corte IDH. Caso *Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 237-243.

168 Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 227.

169 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño. *Observación general conjunta No. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22*. 16 de noviembre de 2017, párr. 38.

se encarguen de velar por sus derechos en todas las instancias del proceso.¹⁷⁰

(III) Derecho de los/as niños/as a ser oídos/as de manera directa

Los organismos de protección de derechos humanos señalan que los/as niños/as tienen el derecho a ser representados/as de manera autónoma en el marco de los procedimientos administrativos y de los procesos judiciales que puedan afectarlo/as. Lo cierto es que aun cuando ello no fuere así, los tribunales también tienen la oportunidad de escuchar de manera directa a los/as niños/as involucrados/as.

De este modo lo ha reconocido la Sala V de la CNACAF, al resolver que corresponde la designación de un profesional idóneo en miras a tomar conocimiento sobre el interés del niño de expresar su opinión en el procedimiento judicial en el que se debate la orden de expulsión de su progenitor, debiéndose tomar en especial consideración las pautas sentadas en el Título D de la OG N° 12 del Comité de los Derechos del Niño. Asimismo, en caso de que el niño decida expresar su opinión en autos, deberá darse intervención al Defensor Público de Menores e Incapaces de acuerdo con artículo 43 de la Ley N° 27.149.¹⁷¹

En efecto, el artículo 12 de la CDN estipula lo siguiente: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

En el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General 12, subraya que, en el contexto de la migración internacional, deben aplicarse medidas adecuadas para garantizar el derecho del niño a ser escuchado, ya que los niños que llegan a un país pueden encontrarse en una situación especialmente vulnerable y desfavorecida.¹⁷²

170 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina. CMW/C/ARG/CO/2. 13 de septiembre de 2019.

171 CNACAF, Sala V “PAIVA JARA, MILTON ANTONIO c/ EN-M INFERIOR OP Y V- DNM s/ RECURSO DIRECTO” expediente 3545/2017, sentencia de fecha 23 de abril de 2019.

172 Comité de los Derechos del Niño. *Observación general No. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12. 20 de julio de 2009. 12, párr. 123.

Recae así sobre los Estados la obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.¹⁷³

En este sentido reiteradamente el Comité ha enfatizado que los niños y niñas son sujetos de derecho y como tales tienen derecho a participar en consonancia con su etapa de crecimiento.

Del mismo modo, ha profundizado el alcance de este derecho estableciendo: “[I]os Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones ‘en todos los asuntos’ que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente”.¹⁷⁴

Además, aclaró que el término garantizar implica que “los Estados partes tiene la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente” el derecho a ser oído y que el derecho de expresar su opinión libremente “significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado (...) también [implica] que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas (...) el niño tiene derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás”.¹⁷⁵

También ha indicado el Comité que los Estados partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover y facilitar plenamente la participación de los niños, entre otras cosas brindándoles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con su caso o el de sus familias... Los niños deben ser escuchados con independencia de sus padres y sus circunstancias particulares deben incluirse en el examen de los casos de la familia.¹⁷⁶

A nivel regional, en sentido concordante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho: “[I]as niñas y los niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de

173 Ídem, párr. 15.

174 Ídem, párr. 26.

175 Ídem, párr. 19 y 22.

176 Ídem, párr. 74.

acuerdo con su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños”.¹⁷⁷

- En esta línea, estima esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores.¹⁷⁸
- Por último, la Corte IDH ha dicho que cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.¹⁷⁹

(IV) Que el interés superior de los/las niños/as sea una consideración primordial

Finalmente, el objetivo del artículo 12 de la Convención del Niño no es otro que garantizar que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, administrativas o judiciales, su interés superior sea una consideración primordial.

No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del

177 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 122 con cita del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, participación de las niñas, resolución del 29/11/11, cons. 9 y sgtes.).

178 Ídem, párr. 282.

179 Ídem. Párr. 69.

artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida.¹⁸⁰

En este sentido, cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe contemplar la situación particular del caso concreto, realizar un estricto análisis de ponderación y orientar, siempre, su decisión final en función del interés superior del niño.

A tal efecto, la Corte IDH ha fijado estándares precisos al respecto, al sostener que, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial.

De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño. A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.¹⁸¹

180 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 51º período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009 OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. párr. 71.

181 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Opinión consultiva 21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párrafos 278. y 279.

Asimismo, en lo que específicamente atañe a procedimientos migratorios, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité de los Derechos del Niño el Comité, en su Observación General Conjunta, han señalado: “[I]os Estados partes deben velar por que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración y *la adopción de decisiones sobre casos individuales, entre otras situaciones al conceder o denegar las solicitudes de entrada o residencia en un país, en las decisiones relativas a la aplicación de las leyes de migración* y las restricciones de acceso a los derechos sociales por parte de los niños o sus padres o tutores, y *las decisiones referentes a la unidad familiar y la guarda de los hijos*; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad”.¹⁸²

Del mismo modo, ha dicho al respecto que “[I]a evaluación del interés superior entraña valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.”¹⁸³

En definitiva, recogiendo estándares de la Corte IDH, subrayó la importancia del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, máxime cuando dicha decisión implica la separación de la familia, con la consecuente expulsión de uno o ambos progenitores.

Por su parte, y más recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó los “Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de Trata de Personas”¹⁸⁴ Puntualmente, en el principio 10 se abordan los lineamientos que ineludiblemente deben observar los órganos estatales en la adopción de medidas y políticas de alcance general, como así también mediante actos jurídicos de alcance particular (incluidos los pronunciamientos judiciales). Al

182 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño. Observación general conjunta No. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22. 16 de noviembre de 2017, párr. 29.

183 Ídem, párr. 31.

184 PRINCIPIOS INTERAMERICANOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODAS LAS PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

respecto estableció: “Cualquier política migratoria y decisión administrativa o judicial relacionada con la [...] expulsión o deportación de un niño, niña o adolescente o cualquier acción del Estado considerada en relación con alguno de sus progenitores, cuidador primario o tutor legal, incluidas las medidas adoptadas en relación con su condición de migrante, deben priorizar a la evaluación, determinación, consideración y protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado”.

A nivel local y pese a la claridad de los estándares internacionales, en la mayoría de los casos los jueces acuerdan con la decisión de expulsión adoptada por la DNM sin tener en cuenta el interés superior de los niños y niñas involucrados en procesos de expulsión de sus progenitores.

Sin embargo, existen precedentes, en los cuales los jueces han efectuado el correspondiente test de razonabilidad y/o de proporcionalidad que les compete, invocando tratados de derechos humanos y jurisprudencia de los órganos de los sistemas, en orden a respetar los compromisos asumidos por el Estado argentino.

En este sentido, resultan importantes ciertos precedentes, más precisamente de la Sala V del Fuero Contencioso Administrativo Federal, quien en ejercicio del control exhaustivo de constitucionalidad y convencionalidad¹⁸⁵ que le compete, ha fallado en favor del interés superior del niño. En ese sentido en diferentes oportunidades, ha resuelto la nulidad del acto administrativo dispuesto por la DNM en atención a que esta no analizó la situación de los niños y niñas, con especial referencia y atención al principio del “interés superior del niño”.

Así, sostuvo: “...Que, en suma, si bien no se ha controvertido la causa en virtud de la cual la autoridad migratoria decidió la expulsión del demandante, de conformidad con lo expuesto por la Defensora Pública Oficial y el señor Fiscal General ante esta Alzada,

185 La Corte Interamericana de Derechos Humanos “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile” dijo que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” considerando 124º, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

correspondía que la Dirección Nacional de Migraciones examinara, en atención a los intereses involucrados, los parámetros individualizados en los considerandos anteriores a fin de determinar: el grado de afectación al interés superior de las niñas y adolescentes eventualmente afectadas por la medida expulsiva, y, además, si la permanencia en el país del recurrente constituye una amenaza para la seguridad de la población o si, a pesar de ella, debe prevalecer el derecho a la protección de la vida familiar (...) Al respecto, cabe señalar que la dispensa prevista en la última parte del artículo 29 de la ley 25.871, no puede ser denegada en base a consideraciones genéricas y abstractas, formuladas de un modo tal que podrían ser aplicables a todos los casos por igual, de manera estereotipada y sin una explicación razonada de las circunstancias y de los intereses que están en juego en cada caso; ello, tal como la expresada en el considerando VI de la Disposición nro. 187.622 del 11 de septiembre de 2018 (esta Sala, en c. nro. 22.134/2018 “Egoavil Salcedo, Arbel Zandhar c/ En-Minterior OpyV- DNM s/Recurso Directo DNM”, del 9 de noviembre de 2018, entre otros). Ello, pues, pese a lo señalado en reiteradas oportunidades, el hecho de que la facultad prevista en el artículo 29 de la Ley constituya una atribución de la autoridad migratoria no la exime de observar un elemento esencial como es la motivación suficiente, pues es precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria (conf. Fallos 314:625; 315:1361).¹⁸⁶

(III) El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 y su impacto sobre la situación migratoria de niños, niñas y adolescentes como consecuencia de la expulsión de sus progenitores

Una de las grandes y lamentables modificaciones que ha sufrido la Ley 25.871, al punto de aniquilar su esencia, que no era otra que la integración de la persona migrante en un plano de igualdad con el/la nacional y promover todo lo tendiente a la regularización migratoria y acceso a derechos, fue la sanción del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 (en adelante, DNU). Lo cierto es que en tiempos recientes ha aumentado de manera considerable la expulsión de personas migrantes con antecedentes penales.

186 CNACAF, Sala V “F. B. C.F. Y OTRO c/ EN – DNM s/RECURSO DIRECTO DNM”, 81740/2018, sentencia de 27 de agosto de 2019.

El DNU incorporó una serie de reformas regresivas en materia de debido proceso, régimen de notificaciones, supuestos de expulsión e incluso, intervención del Ministerio Público de la Defensa.

En un único sentido limitante de los derechos de las personas migrantes modificó las condiciones de otorgamiento de residencia temporaria y transitoria, además de incluir como impedimentos de ingreso y permanencia en el territorio nacional la presentación de documentación falsa o adulterada, la omisión de informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas o requerimientos judiciales, especialmente en delitos de crimen organizado y otros delitos graves. Asimismo, incluyó un procedimiento migratorio especial de carácter sumarísimo para la expulsión de quienes hubieran incurrido en estas prohibiciones señalan que fue un retroceso en los avances de la Ley N° 25871.¹⁸⁷

A raíz de ello, muchas personas migrantes se vieron impedidas de regularizar su situación migratoria, los que los llevo a vivir sin documentación alguna, exponiéndolos a una situación migratoria irregular, alcanzados en muchas ocasiones por la explotación e informalidad laboral. Dicha norma es el reflejo de una política migratoria rígida que afecta a la totalidad de los trámites migratorios.

Del mismo modo, en relación con la protección de NNyA lejos de adoptar políticas públicas tendientes a garantizar sus derechos e interés superior, la Dirección Nacional de Migraciones ha dificultado la regularización migratoria de los/las niños/as, con motivo de la situación migratoria de sus padres, e incluso ha dictado órdenes de expulsión del territorio argentino contra personas menores de edad.

Así, desde del Ministerio Público de la Defensa se ha tomado conocimiento y se ha intervenido en casos de niños, niñas y adolescentes migrantes que se han visto impedidos/as de regularizar su situación migratoria, como consecuencia de que su progenitor/a se encuentra recurriendo su orden de expulsión del país, incluso, se han dictado órdenes de expulsión del territorio argentino contra personas menores de edad.

Como se observa, vulnerando los estándares internacionales de derechos humanos de las personas migrantes, la Dirección Nacional de Migraciones ha afectado la situación migratoria de niños, niñas y adolescentes migrantes con base en la situación migratoria de sus progenitores cuando, además, las órdenes de expulsión no se encontraban firmes.

Por otra parte, y sin proponerme realizar un análisis detallado sobre las reformas introducidas por el DNU 70/2017, las cuales ex-

187 Ver art. 4 del DNU 70/2017 que modificó el art. 29 de la Ley 25.871. Disponible en http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/residencias/Decreto_70-2017.pdf

ceden el objeto del presente trabajo, no puedo dejar de mencionar el carácter excepcional que la norma le ha conferido al instituto de reunificación familiar¹⁸⁸, en desmedro del grupo familiar y de los derechos de los niños y niñas a convivir con sus padres, a partir de limitar los supuestos de procedencia de este, con el agregado que no podrá ser otorgada judicialmente en una avanzada de la discrecionalidad estatal sobre el poder jurisdiccional que no puede dejar de señalarse. En la actual redacción de la norma se dispensará por razones humanitarias, reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia, a los migrantes comprendidos en los incisos allí enumerados, y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de 3 años de prisión, o sea de carácter culposo.

El DNU restringe indebidamente el principio de reunificación familiar, con el consiguiente desentendimiento del deber irrenunciable del Estado de velar por la efectiva vigencia y tutela de los derechos humanos. Además, implica un retroceso con relación a la efectiva tutela del interés superior del/la niño/a en tanto que deja librada la procedencia de la reunificación familiar únicamente al mérito de la efectiva convivencia familiar, sin ponderar el interés superior de los niños y las niñas.

Las disposiciones del DNU 70/2017 han sido adoptadas en completo desmedro del Sistema de Derechos Humanos, antes desarrollado.

En función de ello, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en ocasión de examinar el segundo informe periódico de la Argentina, expresó su profunda preocupación por la promulgación y aplicación del Decreto N° 70/2017, a pesar de que fue declarado inconstitucional por la Cámara Contencioso Administrativo en marzo de 2018, que la misma sentencia incluye un control de convencionalidad y cumplimiento de obligaciones internacionales que tampoco cumple dicho Decreto y así como a pesar de que tanto este Comité como el Comité de los Derechos del Niño y el Comité Contra la Tortura han recomendado su derogatoria y la mención del Comité de Derechos

188 Ver art. 4 del DNU 70/2017 modificatorio del art. 29 que en su parte final dice “Excepcionalmente, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá admitir en el país, únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en las condiciones del último párrafo del presente artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m), y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de TRES (3) años de prisión, o sea de carácter culposo. Fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa”.

Económicos, Sociales y Culturales motivando al Estado parte a eliminar las barreras de acceso a los derechos económicos sociales y culturales y facilitar la regularización migratoria de la población migrante.¹⁸⁹

En función de ello, el Comité dispuso expresamente un procedimiento de seguimiento especial según el cual el Estado deberá enviar información escrita a más tardar el 1 de octubre de 2020 sobre la aplicación de distintas medidas vinculadas con la incompatibilidad convencional del DNU N° 70/2017, debido a los aspectos discriminatorios y regresivos del Decreto 70/2017.¹⁹⁰

Finalmente, y con relación a la falta de intervención de un representante jurídico autónomo de los niños y las niñas cuyos progenitores se encuentran en procesos de expulsión, el Comité ha indicado que considera muy grave la falta de patrocinio y representación legal independiente de los niños y niñas argentinos en particular y menores de edad de otras nacionalidades, que se ven involucrados en las expulsiones forzosas de sus padres o tutores y recomendó al Estado que “[o]torgue sin excepción, defensores independientes a los niños y niñas hijos de trabajadores migrantes, cuando sus padres o tutores están en un proceso administrativo y/o judicial, que afectará la situación de la persona menor de edad para que estos defensores se encarguen de velar por sus derechos en todas las instancias del proceso”.¹⁹¹

En ese mismo documento reiteró a su vez la indicación al Estado de “[g]arantizar un defensor independiente para los hijos menores de edad de la persona migrante, si los tiene”¹⁹² y, por otra parte, hizo referencia a las Observaciones generales conjuntas Nos. 3 y 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares/No. 22 y 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, a fin de velar por que los niños migrantes y los niños argentinos, no sean separados de sus padres o de sus cuidadores primarios.¹⁹³

(IV) Corolario

De lo expuesto podemos concluir que en todo procedimiento migratorio administrativo y/o judicial de expulsión de una persona migrante del país, donde se encuentren involucrados los derechos de los niños, niñas y

189 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina, CMW/C/ARG/CO/2, 13 de septiembre de 2019, párr. 10.

190 Ídem. Párr. 56.

191 Ídem, párr. 22-23.

192 Ídem., párr. 31.

193 Ídem., párr. 11.c).

adolescentes, debe garantizarse su derecho a ser oído y a una representación jurídica y autónoma. Para ello los tribunales del fuero deben revertir su más reciente jurisprudencia y otorgar una activa participación de la Defensoría de Menores e Incapaces.

Resulta preocupante la negativa sistemática de algunos tribunales que integran el fuero Contencioso Administrativo Federal a otorgar la correspondiente intervención a la Defensoría de Menores en los casos en los que se discute la legalidad y razonabilidad de las órdenes de expulsión de sus progenitores, o de quien cumple las responsabilidades parentales. Incluso, en aquellos casos en los que sí se ha dado intervención a la Defensoría de Menores, luego en las sentencias los/as magistrados/as no tienen en cuenta el interés superior del/la niño/a, y en la mayoría de los casos las órdenes de expulsión son confirmadas sin ponderar cómo afectaría a los/as niños/as el ser separados/as de sus padres o tener que migrar y cambiar su centro de vida para que la familia permanezca unida.

Del mismo modo, en dichos procedimientos migratorios en los que existan niños/as directa o indirectamente involucrados/as se debe realizar un adecuado balance de los intereses y derechos en juego, que contemple el interés superior de los/as niños/as como consideración primordial, así como su derecho a permanecer junto con sus progenitores y a la unidad familiar.

En la actualidad, estos procesos se caracterizan por su carácter meramente formal, no se verifica en ellos un adecuado control de convencionalidad, ni la realización de un test de ponderación y/o razonabilidad dirigido a evaluar las consecuencias de la expulsión en función del interés superior del/la niño/a; y no cumplen con el debido respeto de las garantías procesales a las personas migrantes en pie de igualdad con los nacionales del Estado.

En este sentido, desde la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación¹⁹⁴ asistimos un gran número de personas migrantes con hijos e hijas a cargo que enfrentan procesos de expulsión del país, en muchos casos por delitos cometidos hace años,

194 Mediante la Resolución DGN Nro. 1858/08, se creó en el ámbito de la Defensoría General de la Nación la “Comisión del Migrante”, con el objeto de dar respuesta a las problemáticas de los migrantes, principalmente aquellas relacionadas con el trámite de expulsión de las personas migrantes y asesoramiento en la materia para prevenir situaciones de conflicto con la ley. Luego, con motivo de la intervención obligatoria de ese Ministerio Público, dispuesta en el art. 86 del Decreto reglamentario 616/10, la Defensoría General de la Nación estructuró un sistema de defensa en sede administrativa y judicial donde distribuyó dicha competencia entre la Comisión del Migrante y las Defensorías Públicas Oficiales que actúan ante la justicia federal (Resoluciones DGN Nros. 1336/10, 569/11, 1246/14 y 390/2017).

cuyas penas fueron cumplidas en su totalidad y que, actualmente, carecen de antecedentes penales, e incluso por irregularidades migratorias. Estos procesos tramitan durante largos años en distintas esferas del estado, administrativas y judiciales, y, en muchas ocasiones, comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

En función de ello, se requieren respuestas concretas y urgente por parte del Estado, que garanticen el interés superior de los/as niños/as; y que dicha garantía se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todos los procedimientos administrativos y judiciales de expulsión de personas migrantes, que afectan a sus hijos/as. Del mismo modo, se garanticen mecanismos de revisión de los procedimientos migratorios administrativos y judiciales que no se hayan sustanciado de conformidad con las garantías de debido proceso en favor de los/as niños/as directa o indirectamente involucrados/as.

A 30 años de la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas¹⁹⁵, receptada en nuestro sistema jurídico en la Ley No. 23.849¹⁹⁶ y en la Constitución Nacional¹⁹⁷, no obstante la calidad de los estándares internacionales, vemos con preocupación y desazón que existe una importante brecha entre lo allí reconocido y lo efectivamente aplicado por los distintos organismos del Estado a nivel local, en detrimento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en particular en lo concerniente a los procesos de expulsión de sus progenitores del país.

195 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.

196 Ley 23.849 disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

197 Constitución de la Nación Argentina disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Niñez migrante y apatridia

*Fernando Arlettaz*¹⁹⁸

1. Las situaciones de apatridia y el derecho a la nacionalidad

Como sabido, la apatridia es la ausencia de nacionalidad. Ella puede ocurrir por varias razones: por el juego inarmónico de las leyes de nacionalidad dictadas por los Estados; por la denegación o privación discriminatoria de la nacionalidad a determinadas personas por motivos étnicos, religiosos o de género; o por supuestos de sucesión de Estados en los que algunas personas quedan sin ser reconocidas como nacionales por ninguno de los Estados involucrados. Hay también personas que, aunque en teoría deberían ser reconocidas como nacionales por un determinado Estado de conformidad con su legislación, se encuentran en la imposibilidad práctica de acceder a los documentos que prueban esa nacionalidad y se convierten, así, en apátridas de hecho. En cualquiera de los casos la apatridia supone graves dificultades para las personas que la sufren. En un mundo organizado bajo el principio de la adscripción de las personas a un determinado Estado, la carencia de nacionalidad impide la obtención de documentos de identidad y el acceso a derechos básicos.

La Constitución argentina no contiene una mención expresa al derecho a la nacionalidad. Este derecho sí aparece en diversos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional. Dos instrumentos deben destacarse en relación con el tema de este trabajo. Por un lado, el artículo 20 de la Convención Americana, que establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”. Por otro lado, el artículo 7 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño tiene derecho “desde que nace a [...] adquirir una nacionalidad”. El inciso 2 del mismo artículo dispone

198 Conicet-UBA. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto *Niñez apátrida: una consecuencia de la migración en Latinoamérica*, coordinado por la Universidad Antonio Nariño (Colombia).

que los Estados deben velar por la aplicación de ese derecho “de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.¹⁹⁹ En estas disposiciones aparecen diferentes derechos que, aunque están relacionados entre sí, son conceptualmente distintos: el derecho abstracto a tener una nacionalidad, el derecho concreto a tener la nacionalidad del país en el que se ha nacido, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad y el derecho a cambiar de nacionalidad.²⁰⁰

Por otra parte, la Argentina es parte, desde 1972, en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954). El objetivo de esta Convención es proteger a las personas apátridas, pero no directamente luchar contra la apatridia. La Convención solo contiene una disposición, muy genérica, sobre naturalización: “Los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los apátridas. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de tales trámites” (artículo 32). La convención, como todos los tratados internacionales, tiene jerarquía supra-legal en el orden jurídico argentino (artículo 75 inciso 22 de la Constitución).²⁰¹ La Argentina es también parte en la Convención para la Reducción de los Casos de Apatridia (1961). Sin embargo, como se verá luego, el régimen constitucional y legal argentino es más amplio que el de esta convención en lo que se refiere al tema de esta ponencia, por lo que ella tiene una aplicación limitada en este campo.

En 2019 se aprobó la Ley General de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas (ley 27512, a partir de ahora Ley de Protección de los Apátridas o LPA). El propósito de la ley es “asegurar a las personas apátridas y solicitantes del reconocimiento de tal condición, el disfrute más amplio posible de sus derechos humanos y regular la determinación del estatuto, protección, asistencia y otorgamiento de facilidades para la naturalización de las personas apátridas que no sean refugiadas” (artículo 3 LPA). La ley permite a

199 El derecho es mencionado también en: Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 15. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24 inciso 3 (consagrado como derecho del niño). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIX.

200 Sobre el derecho a la nacionalidad pueden verse nuestros trabajos previos: ARLETTAZ (2017); ARLETTAZ (2015); ARLETTAZ (2014).

201 Sobre la lucha contra la apatridia en el derecho internacional ver WEISSBRODT y COLLINS (2006).

la persona apátrida, es decir a aquella “que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado” (artículo 4 LPA), acceder a una protección legal específica a través del reconocimiento del estatuto de apátrida. La concesión de este estatuto la hace, en primera instancia, la Comisión Nacional para los Refugiados, que es también competente para determinar su cesación, cancelación y revocación (artículos 26 y 27 LPA).

2. Adquisición originaria de la nacionalidad argentina

De acuerdo con el artículo 75 inciso 12 de la Constitución, el Congreso debe dictar una ley de nacionalidad “con sujeción al principio de nacionalidad natural”, es decir, una ley de nacionalidad que recepte el criterio del *ius soli* para la atribución originaria de la nacionalidad argentina. Esta ley también debe incluir, respecto de la adquisición originaria de la nacionalidad, la “opción en beneficio de la Argentina”, es decir, un mecanismo que permita optar por la nacionalidad argentina para los hijos de los argentinos nacidos fuera del territorio.

El régimen sobre la nacionalidad está regulado en la ley 346 de 1869, denominada Ley de Ciudadanía (aunque quizá sería más correcto denominarla Ley de Nacionalidad y Ciudadanía). La ley 346 ha estado en vigor desde su adopción, con excepción de dos periodos: el periodo 1954-1956 (en el que estuvo en vigor la ley 14354) y en el periodo 1978-1984 (en el que estuvo en vigor la ley 21795).

La adquisición originaria de la nacionalidad argentina se produce, en primer lugar, por el nacimiento en el territorio. Los argentinos por *ius soli* se denominan *argentinos nativos*. La Ley de Ciudadanía recepta el criterio constitucional del *ius soli* al establecer que son argentinos todas personas nacidas en el territorio de la República Argentina, cualquiera que sea la nacionalidad de sus padres, con excepción de los hijos de los “ministros extranjeros y miembros de la legación [extranjera] residentes en la República” (artículo 1 inciso 1). A efectos de la adquisición originaria también se consideran argentinos a los nacidos en las legaciones argentinas en el extranjero (artículo 1 inciso 3), en los buques de guerra argentinos donde sea que se encuentren (artículo 1 inciso 3) y en los buques bajo pabellón argentino que se encuentren en alta mar (artículo 1 inciso 5).

La segunda forma de adquisición originaria de la nacionalidad argentina es la llamada adquisición *por opción*. Se trata, en los hechos, de un modo de adquisición que combina el *ius sanguinis* y el ejercicio de la opción voluntaria por parte del interesado. Así, son

argentinos los hijos de argentinos nativos que, habiendo nacido en el extranjero, optaren por la nacionalidad argentina (artículo 1 inciso 2). Si bien la Ley de Ciudadanía dispone que para obtener la nacionalidad argentina por opción es necesario acreditar la calidad de hijo de argentino nativo ante un juez federal (artículo 5), la opción hoy se ejerce ante los consulados argentinos en el exterior o ante el Registro Nacional de las Personas en territorio argentino (artículo 2 decreto 3213/1984). La opción puede ejercitarse por quien o quienes ejerzan la patria potestad o directamente por el interesado una vez cumplidos los 18 años de edad (artículo 2 decreto 3213/1984).

Como se advierte, en el caso argentino, la situación de apatridia para menores nacidos en el territorio es teóricamente imposible, dada la recepción constitucional y legislativa del criterio del *ius soli*. Sin embargo, pueden presentarse inconvenientes prácticos relativos a la prueba del nacimiento que dificulten la acreditación de la nacionalidad (teóricamente) adquirida al nacer. La situación de apatridia para los menores nacidos en el extranjero con al menos un progenitor argentino puede solucionarse por la vía de la opción. Volveremos sobre la situación de los menores al final de este trabajo.

3. Adquisición derivada de la nacionalidad argentina

El criterio del *ius soli* permite, pues, evitar (al menos teóricamente) las situaciones de apatridia al momento del nacimiento. En cambio, el régimen constitucional y legal argentino no reconoce, y los convenios internacionales no lo obligan a hacerlo, una solución automática para el caso de los menores nacidos apátridas fuera del territorio argentino y desplazados luego a él. De acuerdo con la recientemente aprobada Ley de Protección de los Apátridas, los menores apátridas tienen derecho a la protección a través del estatuto establecido en la propia ley que debería desembocar, como solución duradera, en la adquisición de la nacionalidad argentina por naturalización.

La Constitución argentina de 1853 tenía como uno de sus objetivos fundamentales el de promover la inmigración extranjera al país. Por ello, estableció un sistema de naturalización muy generoso. De acuerdo con el artículo 20 de la Constitución, los extranjeros “no están obligados a admitir la ciudadanía”. Con esta expresión, propia de la terminología constitucional decimonónica, la Constitu-

ción quiere decir que los extranjeros que residan en el país no están obligados a adquirir la nacionalidad argentina.²⁰²

Sin embargo, la Constitución les permite realizar esta adquisición mediante un sistema muy favorable: los extranjeros “obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación” (artículo 20). El plazo constitucionalmente establecido para la adquisición de la nacionalidad por naturalización es muy breve en el panorama comparado. Más aún: el plazo puede reducirse, ya que “la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República” (artículo 20).

Siguiendo el mandato constitucional, la normativa vigente establece la posibilidad de solicitar la naturalización para los mayores de 18 años que hubiesen residido durante dos años continuos en el territorio de la República y manifestaren ante un juez federal su voluntad de ser argentinos (artículo 2 inciso 1 Ley de Ciudadanía y artículo 3 decreto 3213/1984). La Ley de Ciudadanía especifica cuáles son los supuestos de acortamiento del plazo genéricamente mencionado en la Constitución (artículo 2 inciso 2).

De acuerdo con el decreto 3213/1984, la residencia en el país a efectos de la naturalización puede acreditarse “por medio de una certificación de la Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de otros medios de prueba de que pudiera disponerse” (artículo 4). La Corte Suprema de Justicia tiene establecido desde antiguo el criterio de que la residencia debe ser actual al momento de la solicitud, es decir, que el solicitante debe al momento de la solicitud contar con dos años de residencia previa y seguir viviendo en el país.²⁰³

Ahora bien, ni el artículo 2 de la Ley de Ciudadanía ni el artículo 4 del decreto 3213/1984 exigían que la residencia en el territorio fuera administrativamente regular. Algunos constitucionalistas opinaban, sin embargo, que este requisito se encontraba implícito en el ordenamiento jurídico.²⁰⁴ Por el contrario, varias sentencias judiciales se habían pronunciado en el sentido inverso, es decir, acordando la nacionalidad argentina a quienes habían residido dos años en el país incluso si esta residencia había sido (en todo o en parte) en in-

202 Hemos estudiado la historia del régimen argentino de nacionalidad en un trabajo previo. Arlettaz (2019a).

203 CSJN, *Hutz*, Fallos 22:154, 1880.

204 Ver, por ejemplo, Rosatti (2011, p. 42); Ekmekdjian (1994, pp. 547-548).

fracción a la normativa sobre migraciones.²⁰⁵ De hecho, este había sido también el criterio de la Corte Suprema de Justicia.²⁰⁶

En 2017, el decreto de necesidad y urgencia 70/2017 modificó el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Ciudadanía, de modo que para la naturalización es ahora necesario acreditar haber residido en el país “de acuerdo al marco normativo migratorio vigente, como residentes permanentes o temporarios, en forma continua durante los dos años anteriores a la solicitud”. Como se advierte, la nueva redacción exige expresamente que la residencia en el país tenga carácter regular para ser computable a efectos de la nacionalidad. La reforma introducida por el decreto de necesidad y urgencia 70/2017 fue declarada inconstitucional por la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo.²⁰⁷ Esta decisión fue recurrida y se encuentra actualmente en estudio en la Corte Suprema de Justicia. Debe señalarse que la razón de la inconstitucionalidad no fue el contenido concreto de la reforma (es decir, la exigencia de la legalidad en la residencia para solicitar la naturalización), sino el modo de adopción del decreto de necesidad y urgencia.²⁰⁸

La naturalización debe solicitarse ante el juez federal (artículo 6 Ley de Ciudadanía). El trámite es gratuito, sin perjuicio del deber de pagar la publicación de edictos (artículo 10 Ley de Ciudadanía). El decreto 3213/1984 reglamenta el procedimiento de naturalización (artículos 4 a 21).

205 Ver por ejemplo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, *Zheng Wei*, 29/05/2011. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, *Chittenden Collison Caspar Francis*, 01/03/2011. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, *Jáuregui Nájera*, 18/09/2007. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, *C. M., G.*, 20/11/2008. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, *C. H. A. M.*, 17/09/2009. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *Li, Mao*, 28/04/2016. En Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, plenario, *González Morales, Nancy Leda Maribel*, 21/11/1996, se había rechazado que la radicación definitiva fuera un requisito para la naturalización (el solicitante había residido en el país durante más de dos años al amparo de un permiso de residencia temporal, no definitivo). También se había dicho (incidentalmente, porque no era necesario para resolver el caso) que la legalidad de la residencia no era un requisito de la nacionalización.

206 CSJN, *Ni, I-Hsing*, Fallos 332:1466, 2009.

207 Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo, *Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/EN-DNM*, 22/03/2018.

208 Hemos estudiado la reforma al régimen de adquisición de la nacionalidad argentina por naturalización en Arlettaz (2019b).

4. Facilitación de la naturalización

El artículo 17 de la Ley de Protección de los Apátridas dispone que toda persona apátrida “tiene derecho a naturalizarse, de conformidad con la ley 346, sus normas reglamentarias y complementarias, y las facilidades otorgadas” por ella misma (artículo 17 LPA). La LPA, en efecto, establece algunos beneficios en favor de las personas apátridas para el acceso a la nacionalidad argentina.

Ahora bien, según la redacción dada a los artículos 56 a 59 de la Ley de Protección de los Apátridas, estos beneficios son también aplicables a las personas refugiadas. Es curiosa esta extensión del régimen de facilidades, teniendo en cuenta que la propia LPA establece que una de sus finalidades es la de otorgar “facilidades para la naturalización de las personas apátridas que no sean refugiadas” (artículo 3) y que ella es de aplicación a los apátridas que no estén comprendidos en la normativa sobre refugiados (artículo 2).

La naturalización argentina de los apátridas y refugiados se rige por la Ley de Ciudadanía, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la propia Ley de Protección de los Apátridas (artículo 56 LPA). La Comisión Nacional de los Refugiados, que es competente para el reconocimiento del estatuto de apátrida, y la autoridad competente en materia de naturalización deben proporcionar a las personas apátridas y refugiadas información sobre los criterios y requisitos para su naturalización, en un idioma que puedan comprender (artículo 57 LPA).

La Comisión Nacional de los Refugiados debe realizar todas las acciones tendientes a facilitar y promover la naturalización de las personas apátridas y refugiadas, como solución duradera (artículo 58 LPA). La Ley reconoce además un conjunto de derechos específicos en favor de la naturalización de las personas apátridas y refugiadas (artículo 59 LPA):

- a) Derecho a que sus solicitudes reciban un tratamiento prioritario;
- b) En caso de no contar con recursos económicos, derecho a ser eximido de los costes asociados al proceso de naturalización, en particular aquellos referidos a la publicación de edictos;
- c) En caso de no contar con recursos económicos, derecho a recibir asistencia legal gratuita en todas las etapas del proceso de naturalización;
- d) Derecho a ser eximido de la presentación de documentación del país de origen o residencia que no tengan consigo ni

puedan razonablemente obtener, incluyendo certificados de nacimiento y de antecedentes penales del país de origen;

e) Derecho a presentar documentación expedida por autoridades extranjeras sin necesidad de legalización.

5. Consideraciones finales

La apatridia coloca a las personas en una situación de extrema vulnerabilidad. Esta vulnerabilidad se ve acrecentada en el caso de los menores, que por su situación de mayor fragilidad son merecedores de una protección especial. La ley argentina contiene disposiciones que permiten, por un lado, evitar, aunque no de modo absoluto, que los menores nacidos en el territorio argentino o nacidos de progenitores argentinos caigan en situación de apatridia; y que facilitan, por otro lado, la adquisición de la nacionalidad argentina para la superación de la situación de apatridia en el caso de quienes se encuentran en esta situación.

Como resulta evidente, la adopción del criterio del *ius soli* como regla general para la adquisición de la nacionalidad argentina impide que los nacidos en el territorio resulten apátridas. Si puede darse alguna dificultad en relación con los nacidos en el territorio argentino, esta será de orden práctico y no legislativo. En efecto, la dificultad que podría surgir aquí sería la de la falta de inscripción del nacimiento: aunque en teoría el nacido en el territorio sería argentino, la ausencia del medio de prueba exigido por la ley para acreditar este nacimiento podría obstaculizar la obtención del documento que certifica esa nacionalidad.

La Ley sobre el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (ley 26413 de 2008) establece que “todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas” deben inscribirse en los correspondientes Registros de las provincias (artículo 1). En el Registro se inscriben todos los nacimientos que ocurran en el territorio argentino, en buques o aeronaves de bandera argentina o bajo otra forma de jurisdicción nacional; también deben inscribirse todos los nacimientos cuyo registro sea ordenado por juez competente y las modificaciones que deban hacerse como consecuencia de adopciones y reconocimientos (artículo 27).

La ausencia de documentación probatoria de la identidad de los padres no debería ser obstáculo para la inscripción del nacimiento. Los Registros del Estado Civil suelen arbitrar los medios para la identificación de los progenitores sin documentación acreditativa de

la identidad o con documentación acreditativa vencida. Permitir la identificación del progenitor o de los progenitores que inscriben el nacimiento mediante testigos, por ejemplo, es una posibilidad generalmente aceptada.

Los menores no nacidos en el territorio argentino pueden obtener la nacionalidad argentina por vía de opción. Como ya se señaló, serán sus representantes legales los encargados de tramitar la opción. Si estos no lo hacen, siempre podrá el propio interesado hacerlo personalmente a partir de la edad de 18 años.

Respecto de la naturalización, la Ley de Protección de Apátridas contiene una curiosa disposición según la cual, en caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares que sean apátridas, el tutor o el representante legal pueden presentar una solicitud de naturalización si ello es considerado en beneficio del interés superior del niño, niña o adolescente (artículo 59).

La disposición se refiere a los menores no acompañados pero nada dice de los menores acompañados por sus padres. Parece que el legislador daba por hecho que, en tal caso, serían los padres, como representantes de los menores, quienes podrían solicitar su naturalización. Ahora bien, la naturalización de menores es incongruente con el régimen general de la nacionalidad, que establece que es requisito para naturalizarse haber cumplido dieciocho años de edad. La normativa no prohíbe que el tiempo de residencia transcurrido con anterioridad a esa edad pueda ser contado; pero la solicitud solo es posible, bajo el régimen general, por el propio interesado mayor de dieciocho años.

No está claro si el autor de la Ley de Protección de los Apátridas ha querido establecer una excepción al régimen general en favor de los menores apátridas. Si así fuera, habría sido deseable hacerlo de manera más clara (por ejemplo, contemplando expresamente la naturalización de menores acompañados, cuya posibilidad la LPA parece dar por hecho, en contra de lo dispuesto en el régimen general).

6. Bibliografía

- Arlettaz, Fernando (2014): “Breve panorámica de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la nacionalidad”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 8, pp. 92-102.
- Arlettaz, Fernando (2015): “La nacionalidad en el derecho internacional americano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XV, pp. 413-447.
- Arlettaz, Fernando (2017): “Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema americano”, *Revista de Derecho*, XXX(1), pp. 179-203.

- Arlettaz, Fernando (2019a): “La construcción de una idea de nación en la legislación argentina sobre nacionalidad”, en Tedeschi, Sonia y Pressel, Griselda (comp.): *Historia, Regiones y Fronteras*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, pp. 373-389.
- Arlettaz, Fernando (2019b): “La reforma al régimen de adquisición de la nacionalidad argentina por naturalización”, *Jurisprudencia Argentina*, 03/07/2019.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel (1994): *Tratado de derecho constitucional*, t. 2, Depalma, Buenos Aires, pp. 547-548.
- Rosatti, Horacio (2011): *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 42.
- Weissbrodt, David y COLLINS, Clay (2006): “The Human Rights of Stateless Persons”, *Human Rights Quarterly*, 28, pp. 245-276.

Las inmigraciones y su impacto en la niñez

*Carmen Alicia Bellegarrigue Pino*²⁰⁹

1. La Inmigración (1)

La situación inmigración siempre ha estado presente en la humanidad por diversas causas, personas que abandonan su tierra de origen bajo una meta de progresar en lo personal, lo económico, y establecerse en un país nuevo para mejorar sus condiciones en dichos aspectos. Se dan por varios motivos, siendo algunas decisiones familiares o de colectividades mediante una estimación costo-beneficio, regularmente un pariente, temporalmente para ayudar económicamente a su familia o colectividad. Actualmente se multiplican las migraciones en razón de genocidios, asuntos políticos y variada índole, integrando más cantidad de los ciudadanos africanos, sirios, entre otros los grupos étnicos que se movilizan. Igualmente en muchas naciones, se experimenta inmigración de habitantes de provincias o estados de un mismo país hacia la capital, con el fin de hallar nuevas oportunidades. (1)

Los inmigrantes al movilizarse a otra nación perciben multiplicidad de alteraciones psíquicas y físicas, muchas veces no comparten idioma, tradiciones, comida y muchas circunstancias que les incomodan, tienen que forzosamente adaptarse a una nueva nación, que será su residencia. Sucede que las personas no se adaptan y viven permanentemente con nostalgia, de mayor intensidad si no tienen posibilidad de visitar su país de origen. Padecen un “desarraigo”, consistente en que se ve forzada a abandonar su tierra, su rutina diaria, siendo consecuencia dicha sensación de nostalgia, recordando su vida aquel lugar. Sumado a esto los inmigrantes experimentan el “Síndrome de Ulises”, consistente en un fenómeno psicológico, parecido al proceso de un duelo, ya que en la mayoría de ocasiones dejan su núcleo familiar, amistades incluso su estado de ciudadano de su propia nación, y este síndrome acarrea alteraciones psicológicas que deben ser tratadas por un profesional. (3)

209 UBA.

2. Conceptos básicos

Definición de Inmigrante: (2) “Es la Persona que llega a un país o región diferente de su lugar de origen para establecerse en él temporal o definitivamente”. Este individuo tiene el objetivo de establecerse en ese nuevo territorio, hacer su proyecto de vida ahí, trabajar, estudiar, entre otros.

Inmigración”: (2) Es la acción y efecto de inmigrar, se refiere al sujeto que llega a otro país para residir en él, mayormente por razones económicas, académicas o políticas. Los objetivos que pretendidos comúnmente, quienes abandonan su país, para radicarse en uno extranjero, consisten en la intención de mejorar laboralmente, huir de la persecución de nación de origen o estudiar en una escuela o universidad prestigiosa”.

Los motivos que impulsan al inmigrante son diversas, pueden ser de tipo político, social, económico, también puede ser resultado de abandonar un ambiente de enfrentamientos armados de su país, que fuerzan a establecerse en otro lugar; siendo casos actuales los de los sirios, senegaleses, nicaragüenses, entre otras naciones que sufren violencia. Se da igualmente el caso en que el inmigrante puede también elegir vivir en otro país por una decisión personal, por su instinto que gozará de prerrogativas para desarrollarse personalmente, estudiar, trabajar, ahorrar más, formar un hogar en mejores condiciones. (1)

En vista de esto, los inmigrantes frecuentemente se desplazan a territorios que ofrecen posibilidades óptimas, como Estados Unidos o Europa Occidental, pudiéndose radicar por periodos de tiempo ciertos, desde años hasta décadas, pudiéndose quedar por tiempo indefinido en el país que lo recibió, pudiendo obtener posteriormente su documentación legal que certifique su situación en el país que está residiendo, o que le permita estudiar o trabajar, en dicha nación. (1)

I. Diferencias entre inmigrante, emigrante o migrante (2)

Son tres términos para referirse al mismo fenómeno, varían según la perspectiva, de la siguiente forma:

El Inmigrante es aquella persona que llega a un país procedente de otro para establecerse en él (2); el Emigrante, es aquella persona que se va de un país a otro con la finalidad de instalarse a vivir en otro, distinto del propio (2). Mientras que el Migrante, es todo aquel que se desplaza de un lugar a otro, sin determinar la dirección en que se produce su movimiento (2). Los inmigrantes y emigrantes son también migrantes, más la palabra “migrante” no expresa con

precisión si se refiere a una persona que sale (emigrante) o llega a un lugar (inmigrante) Bastante flujo de personas de las antiguas colonias caribeñas y africanas emigran a Europa, que restringen más sus fronteras, pese a este suceso, ciudadanos de dichas naciones continúan llegando al viejo mundo, aunque haya desacuerdo de numerosos europeos, gran parte de ellos los acogen, de forma limitada, siendo estos nuevos habitantes varios exiliados de guerras y miserias. La socióloga Saskia Sassen, especialista holandesa en los temas de globalización, destaca “un nuevo conjunto de migraciones”, sosteniendo que las personas no se mudan por el motivo de aventurarse a condiciones de vida superiores, sino por conflictos de genocidios, guerras, reunión masiva de terrenos para sembrados, destrucción de sus hábitat por contaminación de las mismas y el agua, desertificación, sequías, resurgimiento de la explotación de minas. (1)

Las migraciones denotan un mundo que corre con una doble velocidad, por un lado, impulsa el desarrollo económico, revolución tecnológica, y mayor ampliación del mercado global, sostenido en el fundamento de los derechos humanos y la democracia; sin embargo genera un efecto de explotación y exaltación, de una parte del mundo en relación con otra, depredación ambiental, entre varias cosas. Puede señalarse que las migraciones denotan un funcionamiento descarado de una globalización que divide a las personas, minimizándolas a un mero instrumento para el logro de ciertos objetivos, muy diversos y podría perjudicar su misma naturaleza. Estos inmigrantes viven un drama resultante de la globalización que los exilia, de utilidad para una minoría, desarraigando a esta mayoría que sufre pobreza, lanzándolos a otras tierras. (1)

II. Inmigrantes de la Argentina en el siglo XIX (4)

América recibió fuertes corrientes de inmigrantes a partir del siglo XIX hasta principios del XX, entre los años 1830 y 1950, comprendiendo 65 millones de europeos. En la Argentina este proceso de inmigración inmenso arrancó en 1856, año en que llegaron los primeros inmigrantes originarios de Suiza, estableciéndose la fecha ocho de septiembre, conmemorando el “Día del Agricultor”, en Esperanza de Santa Fe. Comenzando una transformación que finalizaría en pleno siglo XX. Mientras ese lapso de tiempo, 4,5 millones de europeos llegaron a la nación argentina, transformándolo en el segundo país con haberes de inmigración a nivel global. Llegando al siglo XIX, la Argentina era un extenso territorio con densidad frágil en lo demográfico, poseyendo un anhelo enfocado de atraer in-

migrantes europeos, siendo urgente, para poblar sus suelos. Europa estaba desarrollando la industrialización, y la Argentina era un país agroganadero, proveyendo de este tipo de mercadería a dicha región. Igualmente recibía europeos, quienes huían de conflictos armados y asedios, buscando su conveniencia, se establecieron y tuvieron hijos, originándose una mezcla de razas, idiomas y costumbres, ayudando a formar un nuevo país.

Desde principios del siglo XXI, del análisis basado en censos de los países de la región, que son integrados y actualizados con valoraciones del Departamento de Asuntos Sociales y Económicos (DAES) de las Naciones Unidas, demuestra que Suramérica es una zona de origen, destino y tránsito de migrantes internacionales; presentando alteraciones en lo referente a la dirección, vigor y estructura de estos movimientos, siendo afluencia de emigrantes, inmigrantes y refugiados o solicitantes de asilo al interior de tierras sudamericanas. (5)

Actualmente resalta la población migrante intra-regional por encima de la extra-regional, debido en parte a la alta mortalidad de inmigración de europeos del siglo XX, y afluencia regional reciente. En paralelo resalta la llegada de colectivos nuevos pertenecientes a países no pertenecientes a la región.

Hay muchos componentes que esclarecen el crecimiento de la movilidad intraregional, siendo las políticas limitantes de ingreso y acceso a obtener residencia en los países considerados desarrollados, crisis en cuanto a la economía norteamericana, y Europa, oportunidades laborales beneficiosas y marcos legales favorables de esta región. (5)

4. Migraciones al interior de la Argentina (4)

Existen desplazamientos internos de población, estimadas migraciones estacionales, debido a las características regionales de determinadas labores, como la zafra azucarera del noroeste, que sigue continúa atrayendo en los meses de julio a octubre, a trabajadores de todas latitudes. Igual situación ocurre con la recolección de uva en Cuyo, Mendoza y San Juan al terminar el verano.

Existen también las migraciones permanentes, que suceden en razón de los cambios socioeconómicos. A raíz del modelo agroexportador, ocasionó la migración masiva hacia ciudades durante el éxodo rural, coincidiendo a partir de 1940 con el proceso migratorio que venía unido a la industrialización de Buenos Aires, Rosario y Córdoba. Conforme al último censo, la población que emigró y vive fuera de su provincia de origen, lograría el 20%. Las migra-

ciones internas ocasionaron algunos acontecimientos no esperados posiblemente. Las ciudades del interior perdieron población joven y fortalecieron su decadencia en lo económico. Y las ciudades que recibieron flujos migratorios tuvieron que encarar, una carencia de infraestructura para soportar el proceso y no pueden obviar, todavía el conflicto social de hacinamiento que resulta de ello.

5. Migración en relación con la niñez (6)

Investigaciones demuestran que efectivamente la persona que emigra no tomó siempre esta decisión, menores que fueron llevados por sus padres, mujeres acompañando a sus maridos, en muchas ocasiones en situación de embarazo, pese a que sea un desarraigo de su entorno que prefieren; aquí se da también una situación que puede ser traumática para un niño, adolescente o adulto, y es que ocurre una ruptura del grupo familiar, la familia se divide, pudiendo muy pocas ocasiones lograr reunirse nuevamente. Se estima que para cada corriente mayor de migración sucede una contracorriente, con ocasión de causas formales, y en varias oportunidades, se posibilita la vuelta al sitio de procedencia, en óptimas condiciones (6).

Según estudios de dos universidades, una de Virginia y la de Toronto, se demuestra que las mudanzas durante la niñez provocan mala calidad de vida y menor bienestar en años posteriores: los efectos de esta investigación, que siguió una muestra de 7.108 personas en Estados Unidos durante diez años, denotan que la gente que sufre esta situación de traslado desarrollan un sentimiento de satisfacción menor en su vida y logran bienestar emocional inferior también; al llegar a la adultez son menos sociables y poco afectivos. El Doctor asiático Shigehiro Oishi, quien direccionó esta investigación señaló que estos niños tienden a generar problemas de conducta, teniendo rendimiento escolar inferior. Dichos efectos de la migración en la edad adulta, requieren una mayor investigación, estas situaciones de menor calidad de vida y la carencia de relaciones socio-afectivas a largo plazo se produce más en las personas introspectivas, resultando menos complicado para las personas extrovertidas, que tienen más soltura para establecer relaciones sociales y amistades. El cambio de ciudad, estado o nación produce que los niños atraviesen el difícil proceso de reconstruir nuevas relaciones sociales y otro lugar de dependencia, genera encuentros y desencuentros culturales, en individuos y grupos involucrados, que son las colectividades, registros nuevos y confusos, en cuanto a su lugar de pertenencia y el nuevo de

residencia, hábitos diferentes, entre otros. Pueden tener repercusiones subjetivas y secuelas en la salud. (6)

Los vínculos de afiliación son puestos a prueba y se requiere un proceso de reconstrucción de lazos, redes y referencias; las consecuencias personales y los efectos sobre la salud, tanto a corto o largo plazo de las vivencias de migración si ocurre continua en la niñez requieren atención y el cuidado de los progenitores, docentes y profesionales de salud. (6)

Hay casos en que los menores migran acompañados por ambos progenitores o uno de ellos, con el afán de hallar oportunidades en una nueva vida, para bienestar propio o para la familia restante en espera de ayuda económica. Otros niños, viajan en el vientre materno ignorando que nacerán en otras tierras, pudiendo nacer durante el trayecto o en su sitio de destino. (6) La mayoría de familias migrantes sufren la exposición de ser discriminadas, enfrentando frecuentemente situaciones de carencias extrema y exclusión social en las naciones que transitan y la de destino. Siendo más expuestos los que requieren documento de identidad o permiso de residente, lo que les provoca complicaciones para gozar de los servicios básicos como salud, seguridad, paz emocional y mental, viviendo constantemente con el temor de un posible arresto o deportación, pudiendo ser confinados a centros de detención o comisarías; esto es sufrido asimismo por los menores integrantes de ese círculo familiar o de la persona familiar con quién estén acompañados en ese momento. (6)

Todas estas eventualidades repercuten en la tranquilidad de los menores, implicando la mayoría de veces su salud física y mental –la transgresión en ello es preocupante– y les complica el goce de derechos muy elementales, como educación, jugar o desarrollarse con alimentación óptima, en un hogar estable y digno. Dichas privaciones y experiencias tendrán resultados en su vida, y podrían en ocasiones dificultar su potencial completo. (6)

5.1. Menores viajando solos (7)

Los infantes que viajan solos enfrentan la indefensión, de forma similar los que abandonan países que se hallan en combates o asedio. Al trasladarse al exterior en soledad incrementa el riesgo a ser víctimas de trata de personas, expuestos a violencia, explotación de mafias, o peligrando su integridad al querer evadir los controles limítrofes. Materializándose estos riesgos según testimonios de organizaciones internacionales que acuden al auxilio de un sinnúmero de menores tratando de traspasar las fronteras de los diversos países.

De forma increíble, varios menores trasladándose solos tienen unos cuantos meses al llegar al país de destino, acompañados de personas ajenas, una riesgosa situación en que muchos desaparecen sin dejar huella. Muchos países alrededor del mundo así como la Unión Europea no poseen un registro de recién nacidos para controlar estos menores según afirma en una fuente la Defensoría del Pueblo española, de igual forma muchos países no tienen este control.

Tanto en América como en Europa los niños migrantes, difícilmente acceden a protección, frecuentemente son examinados con la finalidad de establecer su edad mediante criterios científicos no confiables, con alto margen de error, lo que les afecta mayormente a jóvenes entre dieciséis y dieciocho años, llegando rápidamente a su edad adulta. (7)

Están los casos de infantes cuyo país de origen están en situación violenta o de combate, quiénes se encuentran angustiados por las experiencias traumáticas sufridas en sus tierras, siendo guerras, violaciones, asedios, entre otros. Quienes siguen teniendo complicaciones para acceder a protección internacional o derecho de asilo, los trámites son burocráticos y no se adaptan a su situación especial de niñez; no se cuenta igualmente con un sistema que les permita abandonar sus tierras en conflicto, ni para posicionarlos al interior de agrupaciones migrantes en los centros de asistencia humanitaria que se hallan en zonas limítrofes. (7)

Existen también los casos de millones de infantes y adolescentes a nivel global, que sufren la migración cuando sus padres abandonan el país, encarando una enorme ausencia ignorando si sus padres o el progenitor que se fue vuelvan algún día. Quedándose en el hogar a cargo de sus abuelos, otros parientes, amistades o vecinos; similar es la situación en que algunos siendo muy niños, quedan a cargo de cuidar a sus hermanos más chicos y de realizar tareas domésticas duras. La mayoría de estos menores viven con la esperanza de reunirse en un futuro con los padres que emigraron, en ocasiones logran eso, gran número de ellos no.

5.2. Ante toda situación el niño es un niño (7)

En el tema de Migraciones, aunque parezca incomprensible, ante la posibilidad de aplicar al niño una legislación migratoria, sus derechos especiales desaparecen, siendo que el estatus de “migrante” tiene más peso que la condición de ser un niño. Su estatus además de ser “migrante”, tiene más calificativos, y la palabra “niño” se transforma en otras categorizaciones por cuestiones analíticas,

legales, administrativas, siendo: “indocumentados”, “en situación irregular”, “no acompañados”, “separados”, “víctimas de trata de seres humanos”, “refugiado”, “solicitante de asilo”, entre otros términos. Finalizando que todas estas denominaciones provocan que el niño accede a un grado de protección o goce de derechos diferente, dependiendo de la categoría que le confirieron. (7)

Todo lo cual constituye una evidente violación a la Convención de los Derechos del Niño, recordando que su principio básico es que todos los niños en cualquier lugar del mundo y en cualquier circunstancia gocen de los mismos derechos. (7)

Muchos Estados incumplen las leyes migratorias descaradamente en cuanto a las obligaciones asumidas para con la niñez, direccionadas a la protección de derechos humanos; asimismo violentan el instrumento de estos derechos que más consenso ha logrado históricamente, ratificado por ciento noventa y tres naciones del mundo, adoptado para aportar un “plus”, beneficio o elemento especial de protección especial que necesita la niñez, por su situación de vulnerabilidad. (7)

En muchos lugares del mundo, millones de infantes y adolescentes están impedidos de gozar de sus derechos y de los servicios sociales básicos como educación, salud, protección social, a razón de su situación migratoria o de sus padres. Los más perjudicados son los menores en situación irregular acompañados, por la carencia de leyes que reconozcan sus derechos, y de mecanismos particulares que les provean seguridad, los confinan en varias naciones a ser ignorados. También en otros sitios hay menores no acompañados, que han presentado demanda de asilo o quiénes son potenciales víctimas de trata, aunque en sus países tengan marcos legales de seguridad más explícitos, carecen de protección por la normativa internacional. (7)

Tal situación es resultado de un sinnúmero de impedimentos legales y prácticos, habiendo escasos avances, en razón de falta de resultados fijos resultantes de los Estados comprometidos, quienes debieran edificarlos originándolos del respeto a los derechos humanos, y no de intentar progresos económicos, de seguridad o gestión migratoria. Siendo una pugna de intereses irreal, ya que la balanza debería inclinarse a favor de los derechos del niño; constituyendo lo que la Convención de Derechos del Niño llama “Interés superior del niño”, y que impone el hecho de priorizar en todo momento este interés ante cualquier otra forma de consideraciones sobre política migratoria.(7)

En varias ocasiones, los niños migrantes son criminalizados en razón de llegar a un terreno ajeno, recibiendo igual trato que sus progenitores. Los menores son impedidos de libertad, con un trato similar a un adulto, por no contar con autorizaciones de permanecer en el suelo nuevo en que se hallan, o donde fueron llevados. (7)

Otros niños no tienen acceso a un tratamiento de su salud, si están padeciendo alguna enfermedad, pues las leyes no lo plasman de forma explícita, les requieren un pago u otro requisito que no comprenden, o porque sus progenitores no tienen ese derecho no reconocido, no saben o no cuentan con valor para presentarse a un sitio donde podrían ser discriminados, identificarlos o expulsarlos. (7)

Muchos países les restringen el acceso a la salud, aunque los niños y mujeres embarazadas tienen derecho a la misma por la normativa internacional, siendo que estos casos han sido y siempre deben ser denunciados, ya que cuentan con iguales derechos que la población nativa. (7)

El bienestar del menor está vinculado íntimamente al de sus progenitores, los Estados deben tener el cuidado que en su toma de decisiones políticas y las normativas que adoptan para restringir los derechos económicos, sociales y culturales de los adultos inmigrantes, esto incide en los niños y la vida familiar. Los padres, además son restringidos de su obligación de respaldar un nivel de vida adecuado a sus hijos. (7)

Constituyendo todo esto una lista de vulneraciones a los derechos de la niñez, ya que millones de niños migrantes o hijos de migrantes que no cuentan con su documentación en regla, está fuera de los programas de protección social frente a la pobreza y exclusión en los países de origen de tránsito o destino. Otros son violentados en sus derechos de vivir en familia, en razón de condiciones de reagrupamiento familiar imposible de lograr. Menores que tienen complicaciones para adquirir educación, aunque en Europa hay educación no obligatoria, y si acceden a ella, no poseen la calidad mínima o no cuenta con enfoque inclusivo. Algunos niños sufren discriminación y xenofobia, o son víctimas de abusos o atropellos. Muchos no son escuchados en procesos administrativos o judiciales en que determinan su edad, admisión, residencia o expulsión o la de sus padres. (7)

6. Posibilidad de cambiar esta problemática (7)

Las situaciones descritas ocurren a nivel mundial, incluso en países desarrollados, lo que genera que las organizaciones pro niñez, en caso que sean informadas, intervengan en ello. Es imperante que

las autoridades que toman decisiones en el área de Migraciones, consideren que la niñez es un sector sensible y que debe tratarse con la legislación especial que la respalda. Con ello se contempla el Art. 3 del Interés Superior del Niño, de la Ley 26.061.

Generalmente se tiene poca información de la niñez en cuanto se dan las migraciones, requiriéndose mayor categorización según edad, sexo, situación administrativa entre otros.

Los Estados están obligados por su participación como tales en los tratados internacionales, a elaborar políticas sobre migraciones y asilo, que se enmarquen en los Derechos Humanos de los infantes, adolescentes y adultos, ya que garantizando el de los adultos que son los progenitores, se contempla el disfrute de los derechos de sus hijos. Asimismo requiere analizar la repercusión positiva o negativa que provocarían las normas y decisiones migratorias referentes a la vida de los menores y adolescentes, antes de aplicarlas, si convendrían a este sector tan vulnerable, sumando a esto llevar un seguimiento luego de implementadas al comenzar su vigencia. Si existe duda o resulta negativa a la niñez, debe primar lo que beneficie al niño.(7) Relacionado a esto lo contemplado en el Art.5 Sobre Protección Gubernamental de la Ley 26.061., en relación con el Art. 3 ya citado de la misma ley.

La niñez amparada por algún mecanismo de las naciones que transitan o la que tienen como destino, tendrían que gozar de atención especializada y oportuna, no permitiendo su desamparo. Tanto los menores como sus progenitores deberían poseer facilidad para migrar mediante canales regulares, requiriéndose promover una entrada para ello. En oposición a esto, el planeamiento de migrar se torna peligroso de forma extrema, aunado el control limítrofe riguroso, provocando una separación del grupo familiar extendida además de muchas violaciones a los derechos del menor.

En ninguna circunstancia debería criminalizarse, ni impedir la libertad de los menores debido a su condición migratoria o la de su familia. Siendo lo oportuno medidas alternativas que preserven sus derechos esenciales. (7)

En razón de lo antes expuesto se reafirma que los conflictos migratorios no deben impactar en los derechos de la niñez y adolescencia por ser un sector especial, que la lucha de los organismos internacionales y de los profesionales especializados en dicha área, debe persistir ya que se presentan diariamente nuevos casos, o llegan a nuestro conocimiento situaciones sobre este sector, que requieren nuestra atención, hallar mecanismos que reduzcan o tiendan a resol-

ver la situación de migración que impacta a niños, jóvenes y adultos.
(7)

7. Referencias bibliográficas

- (1) Sitio web Alainet.org/es/Art.174322. Wouldy Edson Louider. Bogotá 2015-Migraciones actuales relacionado a: eldiario.es/carencias ahora/sociedad/saska sassen-inmigración-flujos-pérdida-habitat-
- (2) Fecha de actualización: 30/03/2017. Cómo citar: “Inmigrante”. En: *Significados.com*. Disponible en: <https://www.significados.com/inmigrante/>
- (3) Síndrome de Ulises. Sitio web Psicología y Mente.Net. La Psicología detrás de la Emigración. Arturo Torres. Barcelona, España. Julio 2017
- (4) Revista <https://surdelsur.com/es/inmigrantes-argentina/>. Actualizada 30 de marzo de 2019. Fuente Archivo General de la Nación: Inmigrantes a fines del siglo XIX y Principios del XX.
- (5) <https://www.alainet.org/es/articulo/174322>
- (6) Revista digital Letra Urbana. Al Borde del Olvido. Edición 17. Weyler, Audrey R., New York. 2005- Efectos de migraciones frecuentes durante la infancia
- (7) <http://www.revista-critica.com/la-revista/monografico/analisis/589-la-infancia-y-las-migraciones-un-verdadero-coctel-de-vulnerabilidades..Collantes,Sara.España.2014>

7.1. Bibliografía

Páginas de internet

- <http://www.ambito.com/886638-la-argentina-es-el-pais-con-mas-inmigrantes-de-sudamerica>
<https://www.significados.com/inmigrante/>
<http://letraurbana.com/articulos/los-efectos-de-las-migraciones-frecuentes-durante-la-infancia/>
<https://surdelsur.com/es/inmigrantes-argentina/>
http://code.kiutz.com/emager/Migracio%CC%81n_y_fronteras_e%CC%81ticas.pd
<http://www.revista-critica.com/la-revista/monografico/analisis/589-la-infancia-y-las-migraciones-un-verdadero-coctel-de-vulnerabilidades..Collantes,Sara.España.201>

Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración: la práctica y los derechos

Cecilia Bertolé y Esteban Torroba

1. Introducción

Los procesos migratorios humanos encuentran antecedentes inmemoriales y sus características se han ido transformando de acuerdo con los diferentes periodos históricos.

En la modernidad la migración a escala global se inició con las grandes migraciones entre 1850 y 1973, propulsada originalmente por el fenómeno de la industrialización, mutada luego por las consecuencias políticas de guerras y luchas civiles y luego por la consolidación económica y política del mundo occidental tras la Segunda Guerra Mundial (Blanco, 2000).

Los movimientos migratorios han tomado distintas características a partir de la década de 1970, al igual que sus orígenes y destinos, y su tendencia ha sido constantemente creciente. Por sus nuevas particularidades, se afirma que se ha convertido en un fenómeno globalizado, en tanto la mayoría de los Estados participan en forma notable en este proceso y son cada vez son menos las zonas del mundo que quedan al margen de las corrientes migratorias transnacionales; diversificado, porque los flujos migratorios actuales se alejan crecientemente de un modelo único y responden a causas de las más variadas; acelerado, pues el volumen de migrantes se ha multiplicado durante las últimas décadas y no ha cesado de crecer en casi todas las regiones durante los últimos 20 años, aunque con intensidades diferentes; y feminizado, como consecuencia de una fuerte presencia migratoria de las mujeres en todas las regiones y en todos los tipos de flujos. (Castles y Miller, 1993)

Los significativos cambios en la estructura, composición y heterogeneidad de los flujos migratorios en el período de la globalización han generado impactos muy diversos, pero especialmente en aquellos grupos más vulnerables, como lo son las niñas, niños y adolescentes, cuyo número absoluto ha aumentado considerablemente en los últimos 25 años.

La migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. En este contexto y, en particular, de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos poblacionales de carácter diverso, las causas y características del traslado que emprenden niñas, niños y adolescentes por diferentes medios de transporte hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual pueden abarcar tanto personas que requieren de una protección internacional, como otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.

En el presente trabajo expondremos los estándares que surgen de los principales instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos en relación con niñas, niños y adolescentes en contextos de migración. A partir de ello, delinearemos herramientas para agentes estatales miembros de organizaciones de la sociedad civil que realicen tareas de formulación y gestión de políticas migratorias, control migratorio y administración de justicia.

2. Niñas, niños y adolescentes como sujetos de las migraciones

La migración es un fenómeno que existe desde hace mucho tiempo pero, en particular, en las últimas décadas “(...) se ha transformado en una dramática y paradójica imagen del mundo occidental modernizado que se constituyó y presenta como superior y universal” (Novick, 2008: p. 14).

Este fenómeno complejo, que se encuentra atravesado por diferentes factores, tanto políticos como sociales, culturales, jurídicos, económicos y laborales, vincula cuestiones de índole social a nivel local y global sin dejar de lado la conjugación de derechos que debe existir a los efectos de que este colectivo llegue a lograr una vida digna (Ibídem: p. 13).

Lo cierto es la condición de migrante²¹⁰ coloca a las personas en una especial situación de vulnerabilidad que puede determinar un

210 Término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas

cercenamiento en el goce y ejercicio de sus derechos humanos. Estos factores de vulnerabilidad se van sumando y complementando si se agregan otras condiciones a la característica de persona migrante, como la de ser mujer, persona con discapacidad, pertenecer a una minoría nacional, étnica, racial o religiosa, o ser niña, niño o adolescente, entre otras.

Niñas, niños y adolescentes migrantes son todas aquellas personas extranjeras que no hayan cumplido 18 años de edad, que se encuentren en las fronteras con intención de ingresar, o en el territorio nacional con intención de permanecer o residir. Su reconocimiento como sujetos de derechos, que se da normativamente con la Convención de los Derechos del Niño de 1989, determina que poseen los mismos derechos que las personas adultas y un plus de protección de debe brindarles el Estado y la sociedad por su condición de personas menores de edad.

Desde una perspectiva de derechos humanos se considera que niñas, niños y adolescentes migrantes se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad. Por ello, la combinación entre edad y condición migratoria demanda una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados de origen, tránsito y destino.

Las personas de este colectivo que migran, se desplazan internamente en forma forzada o buscan refugio²¹¹, especialmente aquellos que lo hacen en soledad o separados de sus familias, enfrentan numerosos peligros y vulnerabilidades, como el maltrato, la violencia, la extorsión, el secuestro, la trata de personas, y el abuso sexual. La etapa de formación vital que atraviesan también determina mayores obstáculos en el ejercicio de los derechos. Es importante tener en cuenta que las situaciones de vulnerabilidad no son excluyentes entre sí, es decir, pueden presentarse simultáneamente. Esto significa que niñas, niños y adolescentes pueden tener múltiples necesidades especiales y reforzadas de protección que deben ser atendidas en forma simultánea.

Las niñas, niños y adolescentes pueden participar de diversos modos en el contexto de la migración, ya sea desplazándose junto a

cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.

211 Existen diferencias conceptuales entre esos términos: los migrantes eligen trasladarse no a causa de una amenaza directa de persecución o muerte, sino principalmente para mejorar sus vidas al encontrar trabajo o por educación, reunificación familiar, o por otras razones; los refugiados, en cambio, se trasladan y no pueden volver a su país de forma segura; los desplazados internos se trasladan por el propio país, sin cruzar sus fronteras, por la violencia y los conflictos vividos.

sus familias, naciendo en el país de destino, migrando solos y también permaneciendo en el país de origen cuando migran sus madres o padres (Gaitán, 2008. p. 41-42).

Conforme al informe de UNICEF “Desarraigados”, casi 50 millones de niñas, niños y adolescentes en todo el mundo “han atravesado fronteras o han tenido que desplazarse a la fuerza”, y que uno de cada tres que viven fuera de sus países de nacimiento es refugiado. El informe describe las siguientes situaciones urgentes que pueden enfrentar: sometimiento a situaciones de explotación y violencia, fundamentalmente cuando no se encuentran acompañados; detención y criminalización por su condición migrante; separación de su familia y el no otorgamiento de estatus legales para mejorar las formas de protección; falta de acceso a los servicios básicos como la salud, educación y otros derechos vinculados al ámbito económico, social y cultural; ausencia de abordaje sobre las causas subyacentes en los Estados de origen, como la violencia, la pobreza y los conflictos armados, entre otros; diversas formas de discriminación, marginación y xenofobia en los Estados de tránsito y de destino. (UNICEF, 2016: pp. 1, 2 y 4).

Es importante comprender que el fenómeno de la migración debe ser abordado teniendo en cuenta la especialidad que presentan ciertos sujetos que poseen mayores situaciones de vulnerabilidad a los efectos de analizar las necesidades concretas para abordar estas intersecciones. En particular, la migración de niñas, niños y adolescentes presenta características propias que deben ser analizadas con su singular dinámica y entendiendo la existencia de comportamientos dispares con las personas adultas (Suárez-Cabrera, 2015: p. 627).

La cuestión deviene relevante, en primer término, por el incremento significativo de la cantidad de niñas, niños y adolescentes migrantes, en tanto se estima que el quince por ciento de la población migrante a nivel mundial es de una edad menor a veinte años (UNICEF, 2011). Pero además, es necesario reconocer la importancia de la visibilización de actores que habitualmente eran omitidos en el análisis de los procesos migratorios. (Martínez, L., 2014: p. 239)

La construcción del sujeto niña, niño o adolescente ha evolucionado con los años desde las diferencias disciplinas científicas, incluyendo la antropología, la psicología, la sociología y el derecho. Un punto de confluencia entre ellas consiste en no reconocerlo como un sujeto universal con trayectorias únicas sino que puede ser contemplado desde su propia individualidad.

Además, el texto de la Convención de los Derechos del Niño refleja una nueva concepción sociojurídica de la niñez, al dejar de considerarla, tanto en términos individuales como colectivos, como “inmadura”, “incompleta”, “carente”, para pasar a reconocerla con entidad social autónoma, es decir, como colectivo que participa activa y directamente en la realidad en la que vive, con su propia visión del mundo, portadora de una historia de vida, de experiencias vitales y conocimientos, integrada por ser humanos completos y dotados de potencialidades y recursos.

La dinámica de movilidad e intercambio que caracteriza el recorrido de los migrantes no tiene que ocultar su capacidad a construir territorios. En los lugares que atraviesan como aquellos donde se instalan de manera temporaria o definitiva, los migrantes aportan sus valores, sus prácticas, sus aptitudes, y reciben aquellas de la sociedad que los acoge. (Sassone, 2002b). En este intercambio, transforman el espacio donde se establecen (Caprón et al., 2005; y Matossian, 2010: p.3).

Por estos motivos, cualquier abordaje en relación con niñas, niños y adolescentes en contextos de migraciones debe partir de su concepción como sujetos de derecho, convirtiéndose en individuos, en miembros de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su madurez, y en participantes en la construcción de sus propios proyectos de vida. Dejan de ser la “propiedad de sus padres” o los “beneficiarios pasivos e indefensos de una obra de caridad”, y se los reconoce como en ciudadanos activos y titulares de sus propios derechos.

3. La mirada desde la normativa internacional de los derechos humanos y sus pautas de interpretación

La Convención de los Derechos del Niño aprobada en 1989, que es el instrumento internacional más universal que existe a la fecha y logró su entrada en vigencia al año siguiente, establece un conjunto de normas para la protección integral de los derechos de niñas y niños, pero en particular ha establecido en el artículo 10 una disposición específica para las situaciones de migración.

El primer apartado señala que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva, y con garantías de que esa petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

El segundo apartado dispone que los Estados respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país, pudiendo encontrar únicamente restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la Convención. Además, reconoce que los niños cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

Así, es evidente que la normativa convencional reconoce a las niñas, niños y adolescentes migrantes como sujetos singulares, independientemente del estatus migratorio de sus progenitores, e impone a los Estados medidas especiales de protección.

Por otra parte, son de especial aplicación los principios generales de la Convención, que incluyen el principio del interés superior del niño, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a ser escuchados y el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo.

También debe ser tenido especialmente en cuenta el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000, pues establece directrices de protección y obligaciones estatales para estos flagelos vinculados intrínsecamente a los procesos migratorios.

Otro instrumento de protección es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que fue aprobada en 1990 y recién entró en vigencia en 2003, pero aún conserva un bajo nivel de ratificaciones. Los estándares de esta Convención se aplican a todo el proceso de migración de personas trabajadoras y sus familiares, incluyendo la preparación, la partida, el tránsito, el período de estancia y ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, y el regreso al Estado de origen o residencia habitual.

Esta interpretación implica que la condición de migrante puede adquirirse incluso antes de abandonar el país de origen, extendiendo la interpretación a aquellas personas que aún no han migrado pero que lo harán en el futuro, como puede ser el de niñas, niños y adolescentes que, si bien no han dejado el país de su nacionalidad, sí lo han hecho sus padres o familiares como etapa preparativa para que los sigan sus hijos.

Este instrumento reconoce un conjunto de derechos que incluye la no discriminación y el trato igualitario en la remuneración, demás condiciones de empleo y seguridad social; la libertad de circulación y la prohibición de expulsión colectiva; la vida; la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y trabajos forzosos u obligatorios; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de expresión; la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada; la propiedad; la libertad y la seguridad personales; la protección judicial y las garantías del debido proceso legal; a la identidad, a la protección de su personalidad jurídica, al nombre y la nacionalidad; a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado; de asociarse y sindicalizarse; a la atención de la salud para casos de urgencia.

También es destacable que la Convención reconoce explícitamente algunas situaciones que pueden enfrentar niñas, niños y adolescentes, por lo que acoge en su artículo 29 el derecho de todos los hijos de los trabajadores migratorios a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad. Además, los artículos 30 y 45 disponen que todos los hijos de los trabajadores migratorios deben gozar del derecho fundamental de acceso a la educación y a la integración escolar en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate, el que no puede denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo. El artículo 40 garantiza la protección de la familia y establece que los Estados deberán adoptar las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

Es necesario no perder de vista que, además de los dos instrumentos internacionales que regulan de forma específica los derechos de las niñas y los niños y los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, existen otros tratados internacionales de derechos humanos cuyas disposiciones también se aplican a niñas, niños y adolescentes en tanto seres humanos. Entre algunos de ellos, se

destacan el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Si bien desde los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos se visualizan algunos esfuerzos por generar normativa en la temática, la brecha existente entre la teoría y la práctica se profundiza y los Estados han venido mostrando reticencia a la incorporación de políticas públicas que contemplen las necesidades del colectivo.

Además de las normas señaladas, los órganos de aplicación de esos instrumentos internacionales han emitido documentos de interpretación que buscan clarificar, orientar e inclusive ampliar el sentido de los textos.

En 2005, el Comité de los Derechos del Niño elaboró la Observación General N° 6, titulada “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, que describe la situación de especial vulnerabilidad que enfrentan niñas, niños y adolescentes privados del acompañamiento familiar en contextos migratorios, analiza la multiplicidad de obstáculos para el acceso a sus derechos y brinda orientación sobre su protección, atención y trato adecuado a la luz de la Convención de los Derechos del Niño.

En el año 2007, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias dictaron una Observación General conjunta, N° 23 para primero y N° 3 para el segundo, “Sobre los derechos de humanos de los niños y las niñas en el contexto de migración internacional” en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Entre sus aspectos más destacables, advertimos que: existe una preocupación particular en relación con las personas menores de edad entre los 15 y los 18 años, pues muchas ocasiones estas edades suelen recibir niveles menores de protección y ser considerados como personas adultas o mantienen un estatus migratorio ambiguo; la detención de niñas, niños o adolescentes es desproporcionada y no se encuentra justificada por su condición de migrantes ni en virtud de la situación de residencia de sus padres y madres; en

materia de protección judicial, los procesos en los que puedan participar niñas, niños y adolescentes en contextos de migración deben estar adaptados en relación con sus necesidades y desarrollo, y debe poder presentar denuncias ante los tribunales judiciales, administrativos o de otra índole y deben dictar políticas uniformes que orienten a las autoridades.

Además, ponen especial énfasis en la protección de varios derechos, entre ellos a: acceder al territorio, aun cuando no cuenten con la documentación adecuada y vincularlos con las autoridades encargadas de tomar las medidas de protección específica; ser escuchados en el marco de los procesos, poder participar de los procedimientos, ser informados sobre su objeto y consecuencias y disponer de traductores e intérpretes si fuera necesario; tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular; recibir el nombramiento de tutores en caso de encontrarse separados de sus familias; y a poder encontrar garantizada su identidad y lograr la inscripción de sus nacimientos.

Por su parte, en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó en 2014 la Opinión Consultiva N° 21 dirigida al colectivo de niños y niñas migrantes, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay, que se denomina “Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional”. Debemos destacar que en el ámbito interamericano, este documento viene a ser un complemento necesario para la Opinión Consultiva N° 17 de 2002, sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

Por primera vez, cuatro Estados se presentaron ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con una posición común en un tema de fundamental trascendencia para la protección de los derechos humanos en la región, incluyendo un creciente flujo de personas indocumentadas en toda América Latina, entre las cuales se encuentran miles de niños y niñas no acompañados, y la crisis humanitaria que se vive en la zona de la frontera sur de los Estados Unidos con México.

El pronunciamiento de la Corte viene a fijar un piso mínimo de obligaciones de los Estados de origen, tránsito y destino que garan-

ticen la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes.

Entre sus aspectos más destacables, establece que: los derechos del niño deben prevalecer sobre cualquier consideración relativa a su nacionalidad o estatus migratorio; los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño; los Estados deben diseñar e incorporar medidas no privativas de libertad que den prioridad a la protección integral de los derechos de los niños; los Estados no pueden expulsar a uno o ambos padres por infracciones migratorias de carácter administrativo en los casos en los que el derecho del niño a la vida familiar se sacrifica de manera irrazonable o excesiva.

La Corte Interamericana también ha desarrollado jurisprudencia sumamente rica a partir de su competencia contenciosa. Entre los casos más relevantes merecen mención el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005; Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013; y el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014.

4. Medidas de prevención y respuesta

También existen algunos documentos, sin carácter vinculante pero de gran valor operativo, que contienen recomendaciones concretas para los órganos estatales que deben actuar en contextos migratorios.

La Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha señalado en las conclusiones de su Comité Ejecutivo N° 107 (LVIII), de 2007, “Sobre los niños en situación de riesgo”, algunas medidas de prevención y respuesta a las que deben adaptar su conducta los Estados. Entre las recomendaciones más importantes, ponemos de relieve que los Estados deben: efectuar conjuntamente con entidades intergubernamentales esfuerzos para identificar a ni-

ñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de riesgo; detectar factores de riesgo en el entorno amplio, como por ejemplo la falta oportuna de procesos de asilo, los trastornos de las estructuras familiares que se sufren durante los complejos procesos de migración, indicando factores específicos como la situación de pobreza, la xenofobia, la intolerancia, la desigualdad de géneros entre otros; identificar los factores de tipo individual que pueden existir, como las situaciones de niñas, niños y adolescentes no acompañados, los casos en los que deben ejercer el rol de cabeza de familia y las mayores situaciones de vulnerabilidad, como la trata, la explotación sexual, la pornografía infantil, el matrimonio forzada, el enrolamiento en las fuerzas armadas y la discapacidad; establecer canales idóneos para identificar estas situaciones y mecanismos de registro, seguimiento y alerta temprana, fácil acceso e inmediatez a los procesos de protección integral; facilitar los procedimientos administrativos y judiciales, teniendo en cuenta el carácter prioritario que requieren las cuestiones de niñez y las dificultades adicionales que genera la prolongación de situaciones como el refugio; fortalecer los sistemas institucionales a fin de que a las niñas, niños y adolescentes se les otorgue la documentación, se inscriban los nacimientos y otros certificados que acrediten la identidad; establecer mecanismos de nombramiento de tutores o consejeros para favorecer la actividad de los procesos, el acompañamiento y la protección de derechos; establecer asentamientos lo más cerca posible de servicios públicos y brindar ambientes lo más seguros posibles frente a estas circunstancias; desarrollar planes para incluir a niñas, niños y adolescentes en contexto de migración en los programas educativos y hacer todo lo posible para la actuación conjunta con los servicios de salud y asistencia, teniendo en cuenta, fundamentalmente, los servicios psicológicos para asistir a aquellos que haya vivido situaciones de violencia; y salvaguardar el derecho de niñas, niños y adolescentes a tener una nacionalidad.

En el ámbito regional, en el 2017 se aprobó la “Guía regional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños y niñas migrantes”. Este instrumento, fue elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del organismo y tiene por objetivo establecer criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niñas, niños y adolescentes migrantes por parte de autoridades estatales, así como

para articular mecanismos adecuados de derivación y referencia de los casos para la atención y cuidado por parte de los organismos de protección de la infancia.

La Guía Regional tiene por objetivo para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños y niñas migrantes, estableciendo criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes por parte de autoridades estatales, así como para articular los correspondientes mecanismos adecuados de derivación y referencia de los casos para la atención y cuidado de niñas, niños y adolescentes migrantes por parte de los organismos competentes de protección de los derechos de la niñez.

También busca facilitar la armonización de los procedimientos migratorios y de referencia y protección que involucren a los niños, niñas y adolescentes migrantes tanto a nivel interno como regional, así como una adecuada articulación entre los países del Mercosur.

Asimismo, se propone relevar e identificar en cada uno de los países a los organismos competentes en materia de protección de los derechos de los niños, que deben coordinar y articular con los organismos migratorios la intervención y respuesta para una atención y cuidado de niñas, niños y adolescentes migrantes respetuosa de sus derechos.

Los principios fundamentales que retoma la Guía son: el interés superior del niño, en sus dimensiones de derecho sustancial, como principio jurídico y norma de procedimiento, para que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada, y su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y su desarrollo integral; el principio de igualdad y no discriminación, que prohíbe efectuar distinciones cuyo impacto sea negativo en el reconocimiento y ejercicio de los derechos en razón de la nacionalidad, el país de origen, o la condición migratoria de los niños y niñas o de sus padres; el principio de protección especial, que requiere considerar un enfoque diferenciado en las normas y en las políticas que dé cuenta de la situación de desigualdad estructural en que pueden encontrarse ciertos grupos o colectivos sociales, en particular las niñas, niños y adolescentes; el principio de la unidad familiar, que establece que todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a tener una familia, y las familias tienen derecho a cuidar de ellos, e incluye el dere-

cho a la reunificación familiar y el acceso a mecanismos destinados a reunirlos con sus padres o sus tutores legales o sus cuidadores, tan rápido como sea posible, cuando se trate de niños no acompañados o separados; el principio de no devolución, que establece que ningún Estado puede, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a una persona en las fronteras de los territorios donde corren un riesgo de sufrir graves violaciones a sus derechos humanos, en particular a su vida, libertad o integridad física; el principio de no privación de libertad, el cual conlleva una prohibición de cualquier medida que implique una privación o restricción a la libertad de niñas, niños y adolescentes migrantes, en las distintas formas o denominaciones que pueda adoptar localmente, especialmente si se trata de niños no acompañados, por motivos relacionados exclusivamente con su ingreso o permanencia irregular en el territorio de otro Estado.

5. Conclusiones

La complejidad del fenómeno de la migración comprende, también, a algunos sujetos que pueden presentar mayores situaciones de vulnerabilidad, como es el caso de niñas, niños y adolescentes.

La característica de ser persona menor de 18 años de edad en un contexto de migración requiere, por lo tanto, abordajes específicos por parte de los Estados que se traduzcan en la elaboración de políticas públicas que contemplen las intersecciones que surge en este particular colectivo.

Los Estados deben establecer como prioridad la elaboración de registros y facilitar el acceso al goce y ejercicio de derechos por parte de niñas, niños y adolescentes que se encuentran en esta particular situación.

La identificación de sujetos que antes eran invisibilizados, permite efectuar análisis diversos en relación con este complejo fenómeno. Es necesario reconocer que los niños y las niñas también poseen capacidad de agencia y generan sus propios vínculos en el proceso migratorio.

El fenómeno particular de los niños y las niñas migrantes ha sido analizado también por los órganos de protección específicos de niñez, quienes efectúan recomendaciones y fijan los lineamientos básicos que deben seguir los Estados.

Los estándares internacionales fijados por el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos fijan un piso mínimo de obligaciones para los agentes estatales en los Estados de origen,

tránsito y destino que garanticen la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes.

Entre las consideraciones más importantes que pueden destacarse se establece que los derechos del niño deben prevalecer sobre cualquier consideración relativa a su nacionalidad o estatus migratorio

Por otra parte los agentes no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

Los Estados deben diseñar e incorporar medidas no privativas de libertad que den prioridad a la protección integral de los derechos de los niños y las niñas en contexto de migración, no pueden expulsar a uno o ambos padres por infracciones migratorias de carácter administrativo en los casos en los que el derecho del niño a la vida familiar se sacrifica de manera irrazonable o excesiva.

A Pesar de la existencia de estos lineamientos, la brecha entre el discurso de derechos y la realidad que afronta este colectivo en lo cotidiano se ve marcada por un fuerte contenido de discriminación estructural.

Los Estados deben trabajar en este sentido para que las niñas, los niños y adolescentes en contextos migratorios no sean discriminados por tal condición, garantizando sus derechos como miembros activos de la sociedad.

6. Bibliografía

- Blanco, C. (2000) *Las migraciones contemporáneas*, Madrid, Alianza.
- Castles, S., y Miller J. (2014) *The age of migration international population movements in the modern world*, Londres, Red Globe Press.
- Gaitán L. (2009). *Los niños como actores en los procesos migratorios*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.
- Gaitán, L.; Díaz, M.; Sandoval, R.; Unda, R.; Granda, S. y Llanos, D. (2008). *Los niños como actores en los procesos migratorios. Implicaciones para los proyectos de cooperación*, Madrid, Gráficas Almeida.

- Matossian, B. (2010) “Expansión Urbana y migración. El caso de los migrantes chilenos en San Carlos de Bariloche como actores destacados en la conformación de Barrios Populares” en *Revista Electrónica de geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona. ISSN: 1138-9788. Depósito Legal: B. 21.741-98, Vol. XIV, núm. 331 (76), 1 de agosto de 2010.
- Martínez, L. (2014) “Niñez, migración y derechos: aportes para un abordaje antropológico, Sociedad y Equidad” en *Revista de Humanidades, Ciencias Sociales, Artes y Comunicaciones* (6), 4.
- Suárez-Cabrera, D. L. (2015) “Nuevos migrantes, viejos racismos: Los mapas parlantes y la niñez migrante en Chile” en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(2), 627-643.
- Pavez Soto, I. (2013) “Los significados de ‘ser niña y niño migrante’: conceptualizaciones desde la infancia peruana en Chile”, *Polis, Revista Latinoamericana*, (35).

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en el procedimiento migratorio

*Matías Nicolás Pascual*²¹²

1. Introducción

Con el dictado de la Ley N° 25.871 se modificó la política migratoria regulada por la Ley N° 22.439, también conocida como “Ley Videla”, y se fijaron una serie de objetivos y garantías en favor de los migrantes.²¹³ En lo que aquí interesa, el artículo 3 de la citada ley estableció como uno de sus objetivos el garantizar el ejercicio del derecho de reunificación familiar.

En consonancia con ello, la última parte del artículo 29 de la Ley de Migraciones, estipula al derecho de reunificación familiar como una causal (excepcional) que habilita a la DNM a otorgar la dispensa de las expulsiones y demás medidas fundadas en infracciones migratorias allí previstas (conf. art. 62 del citado plexo legal).

Ahora bien, sin perjuicio de contemplar al derecho de reunificación familiar como una causal de dispensa, la normativa migratoria no estipula expresamente el deber de dar intervención a las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos y procesos en los que se discute la expulsión de sus padres o familiares. Esta situación, se verifica tanto en la redacción original de la ley y de su reglamento (Decreto N° 616/10), y en la prevista en el DNU N° 70/17.

No obstante ello, tal como desarrollaré en la presente ponencia, a la luz de lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 de la CN), tener en consideración el interés superior de los

212 Abogado UBA, Jefe de Despacho - Relator en la Sala V de la CNACAF.

213 Ver: Modolo, Vanina, La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones, UBACyT (S016), pág. 3.

Ver: Antecedentes parlamentarios https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_24001_27000.html

ROCA, Santiago, El Derecho de Acceso a la Justicia y la Garantía del Debido Proceso de las Personas Migrantes en Argentina, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37859.pdf>

niños, constituye un requisito convencional insoslayable para lograr una efectiva y adecuada aplicación del derecho de reunificación familiar. Además, esta circunstancia, puede poner (o no) en ejercicio el derecho de los niños a ser escuchados, siempre y cuando así sea su voluntad.

Dicha postura se abona si interpretamos la ley de migraciones en armonía con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 281:146), como en los instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional y en las condiciones de su vigencia. Eso es, de acuerdo con las opiniones y decisiones vertidas por los órganos y tribunales competentes para su interpretación y aplicación (arg. Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555; 329:518; entre otros).

2. El concepto de familia

Sentado lo expuesto, cabe destacar que el artículo 29 *in fine* de la Ley N° 25.871 no estipula expresamente los vínculos familiares en que se puede fundar la causal de dispensa, motivo por el cual resulta necesario recurrir a los métodos de interpretación de las normas

Ahora bien, partiendo de las premisas indicadas en el inicio de la ponencia, si analizamos el propio texto constitucional, podemos observar una mención al concepto de familia en los artículos 14 bis y 75 inciso 19 de la CN. Sin embargo, estas disposiciones no aportan demasiado en cuanto a su extensión, motivo por el cual podemos considerar que debería ser analizado de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio (arg. art. 14 de la CN).

Esta remisión nos conduce a las disposiciones del CCyCN, lo que nos permitiría incluir dentro de ese concepto a los vínculos familiares derivados del matrimonio (arts. 401 y ss.), de las uniones convivenciales (art. 509 y ss), como así también a los ascendientes y descendientes (abuelos, hijos, nietos, etc.), los hermanos (sean estos bilaterales o unilaterales, conf. art. 534) y a los que poseen un vínculo de parentesco por adopción o afinidad (arts. 535 y 536).

Por otro lado, si analizamos los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, observamos que los artículos 11 y 17 numeral 1 de la CADH, establecen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (en igual sentido, art. VI de la DADyDH; arts. 12 y 16 de la DUDH; art. 10 del PIDESC y art. 16 de la CDN).

Considero que para interpretar esas cláusulas y el derecho de reunificación familiar, resulta imprescindible tener en cuenta lo ex-

puesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en la Opinión Consultiva N° OC-21/14 sobre *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en la Necesidad de Protección Internacional*.

En esa oportunidad, la CIDH destacó que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. Además, recordó que *no existe un modelo único de familia*, motivo por el cual la definición de ese concepto *no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, ya que también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales*. También resaltó que en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, donde los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. A partir de ello, expuso que *el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño* (OC-21/14, párr. 272).

De igual modo, señaló –con remisión a lo expuesto por el Comité de los Derechos del Niño– *el término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad*, según establezca la costumbre local (OC-21/14, párr. 273).

A partir de lo expuesto, podemos considerar que la legitimación activa para la dispensa de la expulsión por reunificación familiar debe ser interpretada con carácter amplio y de acuerdo con las circunstancias y pruebas obrantes en cada caso concreto.

3. Intervención de los niños en el proceso migratorio a la luz de los DDHH

En lo que aquí interesa, el artículo 3 de la CDN establece: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si bien los procedimientos migratorios relativos a la expulsión de sus padres a primera vista no constituye una “medida concerniente a los niños”, esta disposición debe ser interpretada en armonía con lo dispuesto en el numeral 2do del mencionado artículo, en tanto prescribe que “[l]os Estados Partes se comprometen a *asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”.

En efecto, “[l]os 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 de la CDN). Esos derechos deben ser asegurados en con la adecuada igualdad y equivalencia entre los progenitores (arg. art. 17 de la CADH).

Además, la CDN reconoce a las relaciones familiares como uno de los elementos de la identidad del niño, los cuales el Estado se comprometió a respetar, preservar y proteger (conf. art. 8 de la mencionada convención), situación que también se consagra en la Ley N° 26.061.

Por otro lado, en lo que respecta a supuestos de separación del grupo familiar, el artículo 9 de la CDN prescribe: “1. *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” (en igual sentido, art. 17 de la CADH). Además, el numeral 2° de dicha disposición prevé que en cualquier procedimiento se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Con relación a la materia migratoria, el artículo 10 la CDN establece: “1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, *toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva*. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. /// 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

Conforme surge de la reseña que antecede, el Estado argentino se comprometió internacionalmente a velar por que las niñas y niños no fueran separados de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que *tal separación es necesaria de acuerdo con el interés superior del niño* (conf. art. 9 de la convención citada).

En efecto, ello se armoniza con el respeto que debe adoptar el Estado con relación a las responsabilidades parentales (conf. art. 5 de la CDN), como así también con lo dispuesto en el artículo 9 numeral 1 de dicho instrumento internacional. De tal modo, en los supuestos en los que se deba resolver sobre la expulsión y prohibición de ingreso de alguno de los padres, tutores o personas a cargo de niños, una cuestión fundamental a valorar –ya sea en sede administrativa o judicial– es el interés superior del niño (arg. art. 3 de la CDN).

En concordancia con lo expuesto, la CIDH recordó que el Comité sobre Derechos del Niño expresó: *el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia*. De tal modo, destacó que las separaciones legales de la niña o del niño de su familia *solo pueden proceder si están debidamente*

justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales (OC-21/14, párr. 273).

No podemos perder de vista que los procedimientos de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, puede configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores (OC-21/14, párr. 265).

Ahora bien, al ser necesario el análisis del interés superior de la niña o el niño, se torna aplicable su derecho a ser escuchado, toda vez –que conforme a lo antes indicado– los supuestos de separación del grupo familiar pueden producir una afectación de los derechos y deberes del niño y de sus familiares.

Con relación a ese derecho, cabe recordar que *el Estado se comprometió a garantizar* “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio *el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño*, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez”. Asimismo, la CDN establece que a “tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, *en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional*” (conf. art. 12 de la citada convención).

Para interpretar esta última disposición, debemos tener en cuenta los lineamientos sentados en la Observación General N° 12/09, del Comité de los Derechos del Niño, relativa al derecho del niño a ser escuchado.

En lo que aquí nos interesa, el citado Comité expuso que el término “garantizar” “no deja margen a la discreción de los Estados partes”, sino que tenemos –con carácter general– “la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños”. De este modo, se deben asegurar dos cuestiones, la existencia de mecanismos que permitan conocer la opinión del niño en todos los asuntos que lo afectan y que, esas opiniones, sean debidamente tenidas en cuenta al momento de resolver (arg. OG N° 12/09, parr. 19).

Por otro lado, la citada observación general nos indica que debemos partir del supuesto de que “el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”. A tal fin, el Estado debe proveer los mecanismos adecuados para que los niños puedan expresar adecuadamente su interés superior (vgr.

formas no verbales de comunicación, juego, pintura, etc.), como así también brindar la información necesaria para que ellos puedan formarse un juicio propio sobre el asunto que los afecta (OG N° 12/09, parr. 20).

En este sentido, según el referido Comité, el derecho a expresarse libremente implica que el niño:

- *Debe expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado;*
- *No puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas;*
- *Tiene derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.*

Además, destacó que la frase “en todos los asuntos” debe ser respetada y comprendida ampliamente y consideró “preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y son capaces de expresar sus propias opiniones respecto del asunto” (OG N° 12/09, párrs. 26 y 27).

Con respecto a su edad y madurez, el Comité aclaró que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, sino que estas deben ser evaluadas caso por caso. También indicó que el término madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado y sentó el estándar según el cual “[c]uando mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño” (parr. 30).

Por otro parte, con relación a la frase “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”, destacó que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adaptación”, etc. Agregó: “[e]l derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño (...) como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción” (par. 33).

Además, indicó que los procedimientos deben ser accesibles y apropiados para los niños y una vez que este haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará y recomendó: “siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento”. Sin perjuicio de ello, destacó

que el representante puede ser uno o ambos progenitores, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, recalcó que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y sus progenitores. De tal modo, el representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (párrs. 36 y 37).

Por otra parte, con relación a la frase “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, señaló que no debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental (párr. 38).

En concordancia con ello, la CIDH en el punto 12 de la OC-21/14 sostuvo: “[c]ualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o el niño”. Asimismo, señaló que en estrecha conexión con lo anterior se encuentra el derecho de la niña o el niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta (CIDH OC-21/14, párr. 70 y 281).

También recordó las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo con su mejor interés, siendo que incluso *las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños* (conf. OC-21/14, par. 122, con cita del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, participación de las niñas, resolución del 29/11/11, considerandos 9 a 12).

4. El tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia de la CNACAF

En atención a que la ley de migraciones no prevé con carácter expreso el deber de resolver las solicitudes de dispensa de la expulsión teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho de ser escuchado, la jurisprudencia mayotaria rechaza los pedidos de intervención del Ministerio Público en representación de los niños.

En efecto, con remisión a una doctrina de la Corte Suprema relativa al procedimiento de extradición, la mayoría considera que —con carácter general— los niños no son parte del procedimiento en

que se discute la expulsión de sus padres, toda vez que el régimen normativo así no lo prevé, no siendo suficiente la mera invocación de su interés superior. Además, considera que los intereses de los niños se ven amparados en el derecho de reunificación familiar y se encuentran resguardados por la actuación de los progenitores.²¹⁴

No obstante ello, ese criterio no es unánime, ya que otra de la Salas considera que los niños pueden ser parte en los procesos en que se discute la expulsión de sus progenitores, siempre que así sea su interés superior, y tienen derecho expresarse libremente en esos procesos. Según el criterio de este tribunal, a los efectos de dar intervención de los niños se deben tomar especial consideración a las pautas sentadas en el título D de la Observación General N° 12/09.²¹⁵ Además, otra de las Salas, que con carácter general sigue la posición mayoritaria, también dispone la intervención de los niños frente a la verificación de circunstancias particulares.²¹⁶

5. El caso “WN”

Para ejemplificar las razones por las cuales se debe valorar el interés superior del niño y garantizar su derecho a expresarse libremente en los procedimientos de expulsión de sus padres, puede ser ilustrativo el caso “WN”.²¹⁷

En este precedente, se discutía la legitimidad de las disposiciones administrativas dictadas por la DNM, en las que se ordenaba la expulsión y se establecía la prohibición de reingreso de la adolescente “WN”, de origen chino, fundados en su ingreso irregular al país.

Ahora bien, el acto administrativo que ordenaba esas medidas, como así también el dictado para rechazar el recurso jerárquico, no hacía ninguna mención a la condición de menor de edad de la niña involucrada, ni a su interés superior, como así tampoco al cumplimiento de los deberes parentales.

214 Sala IV, en autos: “CRDF”, Causa N° 25.164/12, res. del 01/12/16 y del 27/06/17; “CTER”, Causa N° 47.748/11, res. del 04/05/17; Sala III *in re*: “BMJA”, Expte. N° 40.987/2017, res. del 7/11/17; Sala II *in rebus*: “CTPK”, Expte. N° 10.189/2016, res. del 24/10/17, y “TWMM”, Expte. N° 35.981/2017, res. del 20/09/18; Sala I -por mayoría- *in re*: “AZVG” Expte. N° 52.438/19, resolución del 13/03/20; entre otros.

215 CNACAF, Sala V, *in rebus*: “PJ” Expte. N° 3.545/17, res. del 23/04/19; “S.H.K.Z c/ EN - DNM s/ Recurso Directo DNM”, Expte. N° 24.304/18, res. del 31/10/19, entre otros.

216 CNACAF, Sala I, *in rebus*: “LRRC”, Expte. N° 2.428/19, res. del 11/11/2019; y “NGB”, Expte. N° 78.220/18, res. del 11/11/19.

217 CNACAF, Sala V, causa “WN”, Expte. N° 17.217/18, resoluciones de fechas 04/07/19 y 06/08/19.

Sin embargo, de la causa surgía que la niña había ingresado junto con su madre y que con anterioridad también había ingresado al país su padre, todos en forma irregular. Al revisar el sistema informático, observamos que la madre tramitó un proceso ante otra Sala del fuero y que derivó en su expulsión. Además, la misma Sala con anterioridad había confirmado la expulsión de su padre, quien además se encontraba retenido por orden de primera instancia. *En ninguno de esos procesos, se había invocado la existencia de la niña y –por ende– no se había considerado su interés superior, ni ordenado su participación.*

Para resumir la situación, cuando el expediente fue recibido en el Tribunal, la niña se encontraba en el país fuera del cuidado de sus progenitores, no se informaba en qué condiciones estaba, ni se había designado un tutor, pese a que había sido separada de sus padres, ni ninguna otra medida de protección adecuada a su condición de menor de edad.

A partir de las circunstancias antes descritas, la Sala declaró conexidad de las causas relativas al grupo familiar y ordenó la remisión de todas ellas al Ministerio Público para que este tomara conocimiento de la situación y solicitara las medidas que considerara adecuadas en representación de la niña.

Por pedido de este último, el Tribunal dispuso en forma cautelar suspender la expulsión de su padre hasta tanto recayera sentencia definitiva en el procedimiento relativo a la expulsión de la niña.

Asimismo, la adolescente tuvo oportunidad de ampliar su interés superior y manifestó su interés de permanecer en el país, estar realizando estudios particulares de español y haber formado amigos. También informó que convivía con su hermano y su sobrino argentino y que, aun cuando sus padres fueran expulsados, ella deseaba permanecer en el país, ya que volver a China “sería un retroceso para su vida y que su deseo es continuar con sus estudios en este país y cuando alcance la mayoría de edad, trabajar en algún negocio”. Tales manifestaciones eran relevantes y se vinculaban con el interés superior que el Estado debe proteger en todos los casos.

A partir de lo expuesto, al momento de dictar sentencia, el Tribunal consideró que resultaba aplicable en esos autos lo expuesto por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N° 6/05, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

En tal sentido, recordó que el citado Comité destacó que los poderes del Estado tienen la obligación de adoptar medidas de carácter

negativo y positivo para garantizar el disfrute de los derechos del niño, lo cual también incluía a las medidas preventivas de la separación de sus familias, la identificación del grupo familiar y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a este con su familia (OG N° 06/05, parr. 13).

Además, señaló que –a criterio de dicho Comité– el retorno al país de origen podía decidirse excepcionalmente, una vez ponderado debidamente el interés superior del niño, y de acuerdo con otras consideraciones (fundadas en derechos) que prevalecen sobre el interés superior. Agregó que los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior de los niños (conf. OG N° 06/05, parr. 86).

Luego de reseñar las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables y de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (N° 26.061), la Sala destacó que la DNM no tuvo en cuenta los principios y derechos allí consagrados en favor de la adolescente involucrada. Ello así, “debido a que la Administración no valoró la minoridad de la actora al momento de decidir su expulsión, cuestión que tampoco fue analizada al momento de resolver los actos administrativos correspondientes a la expulsión de sus padres, ya que resolvió de forma aislada la condición migratoria de cada uno de los integrantes del grupo familiar, dejando a la menor en una situación de desamparo y vulnerabilidad”.

En efecto, destacó que al desentenderse de las circunstancias de autos y resolver aisladamente la situación de los integrantes del grupo familiar, la DNM tampoco determinó quién se haría cargo de los deberes de cuidado, desarrollo, educación y alimentación que correspondían a sus progenitores, dejando en una situación de extrema vulnerabilidad a la niña, circunstancia que resulta incompatible con sus derechos humanos.

A partir de ello, el Tribunal ordenó la remisión de la causa a la DNM para que dicte un nuevo acto conforme a derecho, debiendo analizar la situación migratoria al momento de la solicitud de regularización y de acuerdo con el interés superior que la niña había manifestado en esa causa, sin perjuicio de la mayoría de edad que pudiera adquirir la solicitante en el futuro. Además, a fin de garantizar el derecho de reunificación familiar y velar por que el niño no sea separado de su familia, en uso de las facultades previstas en el artículo 39 de la Ley N° 26.061, ordenó a la DNM a que disponga las

medidas necesarias para la liberación de su progenitor y regularizar la situación migratoria del grupo familiar (conf. art. 41 inc. b) del mencionado plexo legal).

6. La visión del CPDTTMyF

Como órgano de supervisión de la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, el citado Comité expresó su grave preocupación por las consecuencias de la aplicación del procedimiento sumario de expulsión creado por el Decreto N 70/17.²¹⁸

En lo que aquí interesa, recomendó al Estado argentino: “vele por que los niños migrantes y los niños argentinos, no sean separados de sus padres o de sus cuidadores primarios, así como no sean vulnerados sus derechos por una decisión administrativa sobre la condición migratoria de sus familiares” (parr. 11, ap. c); “a) Facilite la labor de la Defensoría General de la Nación para llevar a cabo eficazmente la promoción y protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de su familiares con arreglo a la Convención” y –en particular– que “c) *Otorgue sin excepción, defensores independientes a los niños y niñas hijos de trabajadores migrantes, cuando sus padres o tutores están en un proceso administrativo y/o judicial, que afectará la situación de la persona menor de edad para que estos defensores se encarguen de velar por sus derechos en todas las instancias del proceso*” (parr. 23).

Asimismo, propuso que se “[e]stablezca un procedimiento para que todos los casos, incluidos los ejecutoriados, como aquellos en proceso [con] orden de expulsión y que se han derivado de la aplicación del Decreto 70/2017, se les aplique los siguientes principios: i) Identificar el núcleo familiar del trabajador migrante; /// ii) Reconocer el arraigo y vínculo de la persona migrante en la Argentina; (...) iv) Garantizar un defensor independiente para los hijos menores de edad de la persona migrante (...) vi) Analizar cada caso con enfoque de derechos en los cuales participan jueces calificados en la materia y con conocimiento de la Convención; /// vii) Garantizar una opción de regularización migratoria que evite nuevas presiones o doble sanción para quienes se revierte su orden de expulsión; /// viii) Velar por la unidad familiar del trabajador migrante, cuando resulto su caso deba salir del Estado parte. Siendo indispensable que el Estado parte se haga responsable por el bienestar de los menores de edad Argen-

218 Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/CMW_C_ARG_CO_2_37078_S.pdf

tinios que sería expulsados junto a sus padres migrantes al país de origen” (parr. 31).

Por otro lado, el Comité sugirió “[g]arantizar que la evaluación del interés superior del niño sea realizada por profesionales especializados en derechos de la niñez y adolescencia, independientes e imparciales, preferentemente de organismos que integran el sistema de protección integral de la infancia, y desconectados de la autoridad migratoria. En el mismo sentido *se debe garantizar que los menores de edad sean escuchados durante los procesos migratorios que afectan a sus padres migrantes*” (parr. 31 ap. c), el destacado no es del original)

Además, recomendó que se incluyeran en la normativa nacional los contenidos de las Observaciones Generales Nros. 3 y 4 relativas a Niñez Migrante (conf. párr. 31 ap. e)), elaboradas por el Comité de Derechos del Niño y el CPDTTMyF.

En lo que aquí interesa, en la primera observación antes citada, los Comités señalaron que “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y (...) se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”. Además, los Estados partes “deben velar por que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración y la adopción de decisiones sobre casos individuales, en especial (...) [en] las decisiones referentes a la unidad familiar y la guarda de los hijos; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad” (OG N° 3, párrs. 28 y 29).

También destacaron que “*el interés superior del niño debe garantizarse explícitamente mediante procedimientos individuales como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiere a la entrada, la residencia o la devolución de un niño, el acogimiento o el cuidado de un niño, o la detención o expulsión de un padre relacionada con su propia situación de residencia*” (OG N° 3, párr. 30).

Además, indicaron que la “evaluación del interés superior debe ser llevada a cabo por agentes independientes de las autoridades de migración de manera multidisciplinaria, incluida una participación significativa de las autoridades responsables de la protección y el bienestar del niño y otros agentes pertinentes, como los padres, los

tutores y los representantes legales, así como el niño” (OG N° 3, párr. 32, ap. c).

De tal modo, sugirieron que deben establecerse procedimientos para determinar el interés superior en toda decisión que separaría a los niños de su familia, y los mismos criterios que se aplican para la guarda de los hijos, en la que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial. Indicaron específicamente que *se debe determinar el interés superior en los casos que podrían conducir a la expulsión de familias migrantes debido a su situación de residencia*, a fin de evaluar los efectos de la expulsión en los derechos y el desarrollo de los niños, incluida su salud mental (OG N° 3, párr. 32 aps. e) y g)).

En cuanto a su derecho a expresarse libremente, los Comités señalaron que los Estados partes “deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover y facilitar plenamente la participación de los niños, entre otras cosas brindándoles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con su caso o el de sus familias, incluida toda decisión sobre la atención, el alojamiento o la situación de residencia. Los niños deben ser escuchados con independencia de sus padres y sus circunstancias particulares deben incluirse en el examen de los casos de la familia” (OG N° 3, párr. 37).

Además, sostuvieron que “[l]os Estados partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el derecho de los niños a ser escuchados en los procedimientos de inmigración relativos a sus padres, en particular cuando la decisión pueda afectar a los derechos de los niños, como el derecho a no ser separado de sus padres, salvo cuando la separación redunde en el interés superior del niño” (OG N° 3, párr. 38).

Por su parte, en la segunda OG antes citada señalaron que “los Estados deben adoptar soluciones que respeten el interés superior del niño, junto con sus derechos a la libertad y a la vida familiar, por medio de leyes, políticas y prácticas que permitan a los niños permanecer con los miembros de sus familias o sus tutores sin estar sometidos a custodia y en un entorno comunitario, mientras se resuelve su situación como inmigrantes y se evalúa cuáles son los intereses superiores de los niños, así como antes de su retorno”. También indicaron que “[c]uando el interés superior de este exija que se mantenga a la familia unida, la exigencia imperativa de no privar al niño de la libertad se hace extensiva a los padres del niño y requiere que las autoridades elijan soluciones para toda la familia que no entrañen

custodia” (OG N° 4, parr. 11). Además, destacaron que las autoridades “[d]eben centrarse en resolver los casos en el interés superior del niño y facilitar todas las condiciones materiales, sociales y emocionales necesarias para garantizar la protección global de sus derechos, permitiendo su desarrollo integral” (OG N° 4, párr. 12).

Asimismo, recordaron que el derecho a la protección de la vida familiar que se reconoce en los instrumentos internacionales, debe ser plenamente respetado, protegido y aplicado con relación a todos los niños sin ningún tipo de discriminación, sea cual fuere su situación en lo que respecta a la residencia o a la nacionalidad. En ese sentido, recalcaron que los Estados parte deben cumplir con sus obligaciones jurídicas internacionales en cuanto al mantenimiento de la unidad familiar, incluidos los hermanos, y *prevenir la separación, que debe ser objeto de atención primordial*. Indicaron que *la protección del derecho a tener un entorno familiar suele exigir a los Estados que no solo se abstengan de tomar medidas que puedan provocar una separación de la familia u otra injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar, sino que intervengan de manera positiva para mantener la unidad de la familia, incluida la reunión de familiares separados* (OG N° 4, párr. 27).

Además, señalaron que en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 del CDN, los Estados partes tienen que garantizar que las solicitudes de reunificación de las familias sean atendidas de manera positiva, humanitaria y expeditiva, incluida la facilitación de la reunificación de los niños con sus padres. Cuando las relaciones del niño con sus padres o hermanos se vean interrumpidas por la migración (tanto en el caso de los padres sin el niño como en el del niño sin sus padres o hermanos), *deberá tenerse en cuenta la preservación de la unidad de la familia al determinar el interés superior del niño en las decisiones relativas a la reunificación familiar* (OG N° 4, parr. 32).

Por último, sugirieron que “[d]eben adoptarse medidas para que los padres se reúnan con sus hijos y/o regularicen su situación sobre la base del interés superior del niño. Los países deben facilitar los procedimientos de reunificación familiar a fin de completarlos de manera rápida, de acuerdo con dicho interés superior. *Se recomienda que los Estados utilicen procedimientos para determinar el interés superior del niño al encargarse de la reunificación familiar*”. (OG N° 4, parr. 35).

7. Conclusiones

Como pudimos observar a lo largo de la presente ponencia, los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen que en los procedimientos migratorios que puedan producir una afectación en los derechos y deberes familiares, se tome en consideración el interés superior del niño y, en caso de que este decida intervenir, se ejecute adecuadamente su derecho a ser escuchado libremente.

Estos dos derechos, forman parte de las garantías de defensa en juicio que –en particular– poseen los migrantes y sus hijos en miras a que las solicitudes de reunificación o unidad familiar sean resueltas adecuadamente (CIDH, OC N-21/14, parr. 108). Frente a tales planteos, se torna necesario conocer el interés superior del niño para adoptar una decisión legítima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y cumplir adecuadamente con los requisitos propios de todo acto administrativo (conf. Ley N° 19.549).

Dichos derechos deben ser interpretados con carácter operativo y desde una posición proactiva por parte de los operadores jurídicos, ya que la legislación interna no puede ser interpretada como una causal para su rechazo.

Por otra parte, considero que el derecho internacional de los derechos humanos debe ser una guía ineludible para interpretar adecuadamente el derecho interno en favor de sectores de la sociedad que fueron históricamente discriminados y desplazados y, con respecto a los cuales, el constituyente del '94, ordenó la adopción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la CN y por los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, en particular respecto de los niños (art. 75 inc. 23 CN).

Asimismo, podemos observar que el derecho internacional propone una modificación en la interpretación del procedimiento migratorio, lo cual nos conlleva abandonar la noción procesal de contienda bilateral (accionante-demandado), para adoptar una perspectiva positiva, humanitaria y expeditiva, en donde las solicitudes de unidad familiar sean analizadas en forma conjunta, teniendo en cuenta la situación y los efectos en todo el grupo familiar, tal como ya sucede en otras materias.²¹⁹

Por último, constituye un imperativo constitucional y en consonancia con compromisos internacionales la derogación del DNU N° 70/17. No solo por los críticas que este puede merecer en torno a su

219 Ver CNACAF en pleno en causa "Gurrucharri Laura Silvana", del 07/06/11.

legalidad²²⁰, sino también para motivar en el ámbito del Congreso de la Nación un debate serio con respecto a la política migratoria (parr. 75 inc. 18 de la CN), que permita retomar la senda humanitaria y de apertura que caracterizó históricamente al país, como así también actualizar este tipo de procedimientos a los derechos y garantías previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia. A través de esta vía, los posibles futuros nacionales argentinos no se encontraran a la merced del gobierno de turno y podrán gozar de un procedimiento migratorio con las debidas garantías, establecido por el órgano constitucional encargado a tal efecto y de acuerdo con la voluntad democrática expuesta por el pueblo de la Nación a través de sus representantes.

220 Ver, CNACAF, Sala V, causa “CELS”, Expte. N° 3.061/17, sentencia del 22/03/18.

Reflexiones acerca de algunas ópticas reduccionistas en la comprensión y abordaje de los fenómenos de migración en las infancias

Laura Poverene²²¹

1. Introducción

“La inteligencia parcelada, compartimentada, mecanicista, disyuntiva, reduccionista, rompe lo complejo del mundo en fragmentos separados, fracciona los problemas, separa lo que está unido, unidimensionaliza lo multidimensional. Es una inteligencia miope que termina normalmente por enceguecerse”.

Edgar Morin²²²

Si bien la historia de la humanidad ha sido caracterizada por los desplazamientos territoriales y las modificaciones en los lugares de residencia, en las últimas décadas hubo un crecimiento exponencial de los procesos migratorios. Aquel aumento fue acompañado no solo por una ubicación central de dicha cuestión en la agenda internacional y en la producción académica de múltiples disciplinas sino que, además, comenzó a visibilizarse la participación de las infancias en las migraciones.^{223 224}

A pesar de que en la Argentina la población de niños y niñas migrantes se duplicó desde el Censo Nacional del 2001 al del 2010²²⁵ y que hay siete millones de migrantes menores de 18 años en el

221 CONICET / Universidad Nacional de Lanús

222 Edgar Morin, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro* (Unesco, 1999), 18.

223 Natalia Gavazzo, *Hijos de bolivianos y paraguayos en el área metropolitana de Buenos Aires. identificaciones y participación entre la discriminación y el reconocimiento* (Tesis doctoral. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2012).

224 Laura Martínez, “Niñez, migración y derechos: aportes para un abordaje antropológico”, *Revista Sociedad y Equidad*, 6 (2014): 237-257.

225 Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS), “Política migratoria y derechos humanos: consolidación de una agenda para proteger los derechos de los migrantes”. En *Derechos humanos en Argentina* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012): 325-328.

continente americano –dicha cifra continúa creciendo como efecto de que niños, niñas y jóvenes busquen escapar de las violencias y desigualdades en sus propias comunidades²²⁶– la matriz adultocéntrica ha colaborado en el borramiento de las experiencias migratorias infantiles. Además, el manto de sombra que recayó sobre las infancias en contextos de migración internacional también se plasmó en las leyes, políticas públicas y prácticas que regularon los diversos aspectos de sus movimientos poblacionales a través de las fronteras, lo que generó un doble déficit: una falta de perspectiva de migración en las políticas de niñez y una falta de perspectiva de niñez en las políticas migratorias.²²⁷

Si bien la movilidad humana puede ser auspiciosa, particularmente las infancias y adolescencias migrantes atraviesan situaciones de vulneración de derechos durante las distintas fases de los procesos migratorios. Sumado al desarraigo que pueden vivenciar, suelen enfrentarse a experiencias de discriminación y estigmatización en los países de destino, las que pueden sumarse a condiciones de vida adversas que también impacten en su salud mental. De ese modo, el sufrimiento psíquico de las personas que atraviesan las fronteras internacionales no puede explicarse solamente por los estados de desorganización y/o que pueda generar el hecho de cruzarlas sino que en la producción de padecimiento también participan cuestiones vinculadas a los modos en los que el Estado, sus leyes, políticas públicas, instituciones y prácticas responden ante la presencia de los “no nacionales” en terreno nacional.²²⁸

Según lo define la Ley Nacional N° 26.657 (art. 3), la salud mental puede entenderse como un “proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (...)”. Pese a que dicha ley otorga una importancia fundamental a la interdisciplinariedad, siendo que esta se opone al fraccionamiento desmedido de problemáticas y la compartimentación de realidades complejas, en lo relativo a los

226 UNICEF, *Niños y niñas en América Latina* (Panorama, 2019).

227 UNICEF – Universidad Nacional de Lanús, *Niñez, Migraciones y Derechos Humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la Ley de Migraciones*. (Buenos Aires: UNICEF y UNLa, 2013).

228 Laura Poverene, “Sobre la derivación de niños/as migrantes a servicios de salud mental desde el sector de educación: ‘los deriva como quien te tira la pelota y ya se descomprime’”, *XXIV Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires* (2018): 125-133.

abordajes ante el impacto de la movilidad humana en la infancia, suelen primar enfoques tendientes a psicopatologizar las problemáticas presentadas por los niños y niñas, medicalizándolos y brindando respuestas unidisciplinarias ante conflictos multideterminados que trascienden la dimensión de lo intrapsíquico.

Este trabajo se propone analizar los resultados preliminares de una tesis doctoral en curso que tiene como propósito contribuir en el estudio y abordaje de las problemáticas asociadas a la migración infantil y las respuestas brindadas por el subsistema público de salud en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpelando prácticas profesionales etnocéntricas y visibilizando el sufrimiento psíquico en juego.²²⁹

2. Aspectos metodológicos de la investigación

A través de un diseño exploratorio analítico y un abordaje metodológico cualitativo^{230 231}, esta investigación se propone describir y analizar los procesos de atención y cuidado en salud mental de las infancias en contextos de migración internacional, a partir de la consideración de los discursos de profesionales de efectores públicos de salud en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las perspectivas

229 A través de tratados internacionales y de legislación tanto nacional como local, se reconoció a la población migrante como titular de derechos y, por ende, con posibilidades de exigir su cumplimiento. A nivel nacional, la Ley 25.871/03 establece que es tarea del Estado garantizar “el acceso igualitario de los inmigrantes a la protección y los derechos de los que gozan los nacidos en la Argentina, particularmente el acceso a los servicios sociales, de salud, de educación, de justicia, al trabajo, al empleo y a la seguridad social”, planteando que la situación migratoria no es una causa válida para restringir o negar el acceso a los derechos. Por su parte, la Ley 26.657/10 se propone asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el goce de derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encontraran en el país, promoviendo la sensibilidad a la diversidad y el respeto por los valores singulares de las comunidades. También la Ley 448/2000 de CABA enuncia que la identidad, genealogía, historia y pertenencia son derechos de todas las personas en su relación con los sistemas de salud mental.

A su vez, la Ley 26.061/05 hace referencia a que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho, entre otras cuestiones, a su lengua y cultura de origen, a preservar tanto su idiosincrasia como su identidad y a acceder a los servicios de salud, recibiendo el respeto de las pautas culturales y familiares de la comunidad a la que pertenecen. Pese a la existencia de la legislación mencionada, aún persisten tensiones entre esta y las prácticas cotidianas de los efectores, ya que los migrantes se enfrentan a situaciones de discriminación cuando solicitan atención en instituciones públicas de salud.

230 Irene Vasilachis de Gialdino, *Estrategias de investigación cualitativa* (Buenos Aires: Gedisa, 2007).

231 María Cecilia de Souza Minayo, “Ciencia, Técnica y Arte: el desafío de la investigación social”, En *La Investigación Social: Teoría Método y Creatividad*, Org: María Cecilia de Souza Minayo (Buenos Aires: Lugar, 2003): 9-24.

de las familias de dichos niños/as. También se intenta relevar los obstáculos identificados y las estrategias implementadas por dichos actores, así como las perspectivas de las familias en torno a sus encuentros con los servicios de salud mental al consultar por problemáticas de sufrimiento psíquico de sus niños y niñas.

Las unidades de análisis seleccionadas en función del interés de la investigación son tanto las y los profesionales que abordan problemáticas del campo de la salud mental infantil en Centros de Salud y Hospitales públicos en Ciudad Autónoma de Buenos Aires como familiares o vínculos significativos de niños y niñas de familias migrantes que reciban o hubieran recibido atención en el subsector público por problemáticas de salud mental o que hubieran acudido a otras respuestas por fuera del “sector formal” del sistema sanitario.

Para la recolección de datos primarios, se utiliza la entrevista semi-estructurada como técnica considerando que la construcción del dato acontece en la interacción establecida entre el investigador y los sujetos a los que estudia.²³² También se apela a las notas de campo, con el fin de que no solo colaboren en el almacenamiento y recuperación de información sino que, además, exista un registro vivo que ayude al encauzamiento y reorientación de la investigación.²³³ Dichas notas aportan datos ligados a los contextos de entrevistas realizadas, dan lugar al registro introspectivo de la tesista (suposiciones, especulaciones, interpretaciones, sentimientos, implicación personal) y facilitan las tareas de análisis e interpretación, ya que pueden constituirse como formas de análisis preliminar.

También se procede al análisis documental de campo y análisis de datos de fuentes secundarias cuyo corpus está compuesto por documentos y recomendaciones de la Dirección de Salud Mental del Ministerio de Salud de la Nación, legislaciones, normativas vigentes, entre otras.

El análisis de los datos cualitativos se lleva a cabo siguiendo los enfoques procedimentales²³⁴, que incluyen el desarrollo de tareas de reducción de datos, disposición de datos y extracción/verificación de conclusiones.²³⁵ El análisis de los datos se realiza a través del análisis

232 Vasilachis de Gialdino, *Estrategias de investigación cualitativa*, 2007.

233 Miguel Valles, M. (1997). *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional* (Madrid: Síntesis, 1997).

234 Gregorio Rodríguez, Javier Gil y Eduardo García, *Metodología de la investigación cualitativa* (Granada: Ediciones Aljibe, 1996).

235 Matthew Miles y Michael Huberman. *An expanded sourcebook qualitative data analysis* (Londres: Sage, 1994).

de contenido de las entrevistas realizadas y mediante la utilización del software Atlas-Ti.

Por último, la investigación se centra en el período temporal 2013-2020 que son los primeros años luego de la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental, la que motoriza un cambio de paradigma en la atención. El escenario en estudio es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jurisdicción con mayor proporción de población nacida en el extranjero en el país, la que alcanza un 13,2%.²³⁶

4. Entre lo global y lo local: ¿y las soluciones?

Tal como lo desarrolla Bauman²³⁷, si bien suele aludirse a la *plenitud* del planeta, dicho enunciado no se desprende de un dato objetivo respecto del estado de la tierra sino que se refiere –más bien– a una ficción. El proceso de modernización produjo “seres humanos residuales”, una masa de poblaciones consideradas como “superfluas” compuestas por migrantes, refugiados/as y otros “parias no deseados” que resultaron víctimas colaterales de progreso económico.

Como efecto, las sociedades contemporáneas sufrieron una crisis de la industria de eliminación de residuos humanos en la que escasea el instrumental y los vertederos para su reciclaje. Anteriormente, los *residuos humanos* eran exportados a vertederos ubicados en las regiones “subdesarrolladas” que aún no habían sido alcanzadas por la modernización y su excedente de superpoblación. Según el autor, dichas zonas “premodernas” funcionaban como destino para absorber a los seres humanos supernumerarios, carentes de uso, innecesarios. Así, la desigualdad en el desarrollo de los países permitió que se encontraran soluciones *globales* a aquellos problemas de seres superfluos, producidos *localmente* en la parte moderna del planeta.

En ese sentido, la era moderna se caracterizó por la exportación de problemas sociales domésticos hacia territorios considerados vacíos (o, más correctamente, vaciables) sobre los cuales se produjo una colonización masiva. Sin embargo, con la propagación de la vida moderna compulsiva, todos los puntos del globo se vieron enfrentados a las consecuencias acarreadas por esta. De ese modo, ya no se encontraban disponibles salidas globales para los excesos locales sino que comenzó la búsqueda de las soluciones locales a problemas que se habían producido globalmente. Sin embargo, esto

236 INDEC, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas*, 2010.

237 Bauman, *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, 2005.

resulta dificultoso para las regiones rezagadas de la modernidad (las que se vieron forzadas a realizar un colonialismo de vecindario y se destacaron por su producción masiva de refugiados). Bauman plantea, entonces, que las sociedades contemporáneas sufrirían una crisis de la industria de eliminación de residuos humanos mediante la cual se los desecha al no mirarlos ni pensarlos. De allí, cobraría importancia la vigilancia de los márgenes de la modernidad y la construcción de fronteras que separen lo valioso de lo excedente. Frente a la autoridad debilitada de los Estados contemporáneos y la inestabilidad de las posiciones sociales, los inmigrantes devinieron en una válvula de escape para la descarga de ansiedades.

“Cuando todos los lugares y posiciones se antojan inestables y ya no se consideran dignos de confianza, la visión de los inmigrantes viene a hurgar en la herida. Los inmigrantes, y sobre todo los recién llegados, exhalan ese leve olor a vertedero de basuras que, con sus muchos disfraces, ronda las noches de las víctimas potenciales de la creciente vulnerabilidad. Para quienes les odian y detractan, los inmigrantes encarnan —de manera visible, tangible, corporal— el inarticulado, aunque hiriente y doloroso, presentimiento de su propia desechabilidad. Uno siente la tentación de afirmar que, si no hubiese inmigrantes llamando a las puertas, habría que inventarlos... En efecto, proporcionan a los gobiernos un ‘otro desviado’ ideal, un objetivo acogido con los brazos abiertos para su incorporación a los ‘temas de campaña cuidadosamente seleccionados’”.²³⁸

Con la restricción de las funciones proteccionistas del Estado, la vulnerabilidad resulta definida como un asunto privado; así, se apela a la búsqueda individual de soluciones ante los problemas socialmente producidos. Asimismo, ante la inseguridad emergida en el mercado, frente a la cual el Estado contemporáneo no interviene, este busca recuperar su legitimidad y monopolio como redentor ante una inseguridad alternativa: se intensifican los miedos ante la amenaza a la seguridad personal. Los migrantes, desplazados, solicitante de asilo —residuos de la globalización— se constituyen en “extraños cercanos” que presentifican la amenaza y despiertan la angustia. Se

238 Bauman, *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, 78.

disuelve la confianza y se sustituye por la sospecha, lo que socava el lazo entre las personas.

Complementariamente, también Sayad²³⁹ señala la ceguera que se sostiene al reproducir una simplificación del fenómeno migratorio cuando, por ejemplo, se lo define como “fuerza de trabajo excedente” que se desplaza para ocupar “empleos disponibles”, sin indagar el origen por el cual esa excedencia se encuentra dispuesta a dejar su país de origen y la historia por la cual esos tipos de empleos suelen estar destinados para los inmigrantes.

Dicho autor también identifica que hay una sobreabundancia y diversificación de literatura acerca de las inmigraciones que contrasta con una desfalleciente literatura sobre la emigración, pese a que ambos procesos son las dos caras inseparables de una única realidad. Plantea que incluso en aquellos casos en los que sí existen producciones sobre la emigración, el discurso que recae sobre los emigrantes se encuentra subordinado a las perspectivas y categorías teóricas que se utilizan para abordar a los inmigrados. En ese sentido, habría una falta de autonomía que no logra tornar al emigrado en un objeto de ciencia y que refleja relaciones de dominación desiguales entre diferentes países.

En esa línea, es posible pensar que los efectos de la colonialidad del saber también actúan en este campo, lo que abre la interrogación de Sayad acerca de “¿cómo acceder a la plena autonomía en este dominio y cómo darse un conocimiento de la emigración y de los emigrados que no deba nada al conocimiento reflejado que el país de inmigración se da de la inmigración y de los inmigrados?” (2010:179).

5. La interpretación de las necesidades y el discurso de los expertos en la comprensión y abordaje de problemáticas sociales

Para intervenir, el Estado interpreta las necesidades de las personas en el marco de un discurso legítimo que se ha construido a partir de los discursos de los *expertos*. En este sentido, las definiciones utilizadas por ellos tendrían una gran potencia prescriptiva porque implicarán efectos en el planteo de soluciones y en las acciones que luego se ejecuten. En dicha interpretación de problemas, necesidades e identidades, el Estado efectivamente

239 Abdelmalek Sayad, *La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado* (Barcelona: Athropos, 2010).

construye también sujetos sociales infantiles, aunque no lo hace de manera unívoca, siendo que pueden coexistir acciones estatales heterogéneas.²⁴⁰

Nancy Fraser²⁴¹ realiza una teoría social crítica que reconoce que las necesidades se construyen culturalmente y se interpretan discursivamente. Propone desplazar el interés por las necesidades de las personas al interés por los discursos sobre las necesidades y de la distribución de los satisfactores de necesidades a las políticas de interpretación de las necesidades. Así, desarrolla una alternativa que está orientada hacia el discurso y la gran diversidad de formas de hablar sobre las necesidades de las personas, dando cuenta del discurso como un espacio de contienda en el que grupos desiguales compiten por establecer como hegemónicas sus interpretaciones sobre lo que son las necesidades sociales legítimas. De este modo, las interpretaciones no serían simples representaciones sino, más bien, actos e intervenciones.

A su vez, la autora plantea que al dar por sentado que el discurso para interpretar las necesidades de la gente es adecuado, se descuida la pregunta acerca de si dicho discurso público está sesgado por los intereses de determinados grupos. También propone la existencia de diferentes variedades de discursos sobre necesidades en las sociedades del capitalismo moderno, introduciendo, como un gran tipo de discurso, al propio de los expertos. Este discurso se ligaría con aquellas instituciones de producción de conocimiento y se constituiría en un medio para traducir aquellas necesidades de las personas (necesidades que se han fugado del enclave familiar y económico, politizándose) en objetos de la intervención estatal. Habría cierta “reescritura que traduce las necesidades politizadas en necesidades administrativas (...) Se la especifica como un conjunto de circunstancias que, en principio, podría atañer a cualquiera (...) la necesidad es descontextualizada y recontextualizada”.²⁴²

Así, tal como lo explica la mencionada filósofa, mediante una retórica administrativa, los discursos de los expertos podrían tener efectos despolitizadores y reposicionar a los sujetos como casos individuales pasivos a recibir determinados servicios predefinidos, en vez de concebirlos como miembros de grupos activos en la interpretación de sus necesidades. A su vez, al institucionalizarse los discursos

240 Valeria Llobet, “Políticas Sociales y ciudadanía. Diálogos entre la teoría feminista y el campo de estudios de infancia”. *Frontera Norte. Revista del Colegio de la Frontera Norte* (2012): 7-36.

241 Nancy Fraser, “La lucha por las necesidades: Esbozo de una teoría crítica socialista-feminista de la cultura política del capitalismo tardío”. *Revista DebateFeminista* (1991).

242 Fraser, “La lucha por las necesidades (...)”, 25.

tos de los expertos en los aparatos estatales, muchas veces se tornan normalizadores y dirigidos a estigmatizar las desviaciones.

En función de conocer la importancia y potencia que tienen los discursos expertos para la comprensión y abordaje de los fenómenos ligados a las infancias en contextos de movilidad humana, surge la pregunta de esta investigación acerca de aquellas respuestas brindadas desde las instituciones que las alojan, tales como los hospitales, centros de salud y escuelas.

6. Medicalización e infancias en contextos de migración internacional²⁴³

En la actualidad, el proceso de medicalización de la sociedad –en tanto estrategia biopolítica– ha reconfigurado los modos actuales de comprensión y abordaje de la salud/enfermedad, lo normal/patológico.

Determinado problema resulta medicalizado si se define utilizando términos médicos, si se describe empleando un lenguaje médico, si se comprende en un contexto médico, y/o si se interviene a través de un tratamiento médico.²⁴⁴ En ese sentido, si los episodios vitales propios de la cotidianeidad de los sujetos son concebidos como enfermedades, en vez de como padecimientos o problemas, también se tenderá a tratarlos a través de técnicas y concepciones biomédicas.²⁴⁵

La infancia se ha desplegado como terreno privilegiado a través del cual la medicalización y patologización se expandieron con gran intensidad. Son múltiples las estrategias de gobierno empleadas con el objetivo de modelar los comportamientos de dicha población y preservarla tanto de los peligros como de devenir, en sí misma, peligrosa para el orden imperante.

A través de los procesos de medicalización se gestiona la infancia y, dentro de esta, la niñez migrante devino un segmento poblacional sobre el cual recaen estrategias de gobierno que, con gran intensidad, tienden a buscar su normalización. Aquellos niños y ni-

243 En este apartado se trabajará sobre algunos conceptos desarrollados en: Alejandra Barcala, Eugenia Bianchi y Laura Poverene, “Medicalización de la infancia: sus efectos en la salud mental”. 2017. *Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 82, 99- 114.

244 Conrad 2007, en Alejandra Barcala, Eugenia Bianchi y Laura Poverene, “Medicalización de la infancia...”, 2017.

245 Eduardo Menéndez. “Modelos de atención de los padecimientos: de exclusiones teóricas y articulaciones prácticas”. *Ciencia & Saúde Coletiva*. 8(1), (2003) 185-207.

ñas que han arribado de otros países y encarnan la presencia de los no nacionales en el seno del orden nacional²⁴⁶, presentifican también una posible amenaza para la reproducción y cohesión social. En relación con esta figura del extraño, Bauman expresa:

“Un extraño, a fin de cuentas, es ‘extraño’: un ser bizarro y enigmático cuyas intenciones y reacciones podrían ser completamente distintas de las que tienen las personas que vemos todos los días (las personas comunes, familiares). En consecuencia, incluso cuando los extraños no se muestran agresivos ni demuestran o explicitan hostilidad, producen malestar en un nivel ‘subconsciente’: su sola presencia dificulta con creces la ya desalentadora tarea de predecir los efectos que tendrán nuestras acciones y sus posibilidades de éxito”.²⁴⁷

En muchos casos, también los hijos e hijas de migrantes devienen en un objeto preferencial de la biopolítica, dada su condición fronteriza en el Estado-nación y por devenir como caja de resonancia de fantasmas, temores y expectativas de la sociedad sobre su futuro.²⁴⁸

A través de los resultados de las investigaciones de maestría (ya finalizada) y doctorado (aún en curso) que llevé adelante, pudieron encontrarse diferentes mecanismos que estarían presentes en los procesos de derivación y atención en salud mental para la niñez migrante en Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A continuación, siguiendo el planteo de Barcala, Bianchi y Poverene (2017), se desarrollarán tres situaciones paradigmáticas en las que se ilustra que dicho segmento poblacional resulta intensamente medicalizado en este contexto. Dichas situaciones se vinculan con: a. la patologización de procesos esperables y normales; b. el etiquetamiento de conductas *diferentes* en tanto “trastornadas”; c. el desplazamiento de problemáticas sociales complejas a la esfera de responsabilidades de los trabajadores/as de la salud.

a) Patologización de procesos esperables y normales

Si bien la movilidad territorial humana no debiera pensarse como causa en sí misma de un “trastorno mental” —sino que constituye un factor de riesgo en el caso de que la persona no estuviera *sana*

246 Sayad, *La doble ausencia*, 2010.

247 Zygmunt Bauman, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011), 86.

248 Iñaki García Borrego, “Los hijos de inmigrantes extranjeros como objeto de estudio de la sociología”, *Anduli: revista andaluza de ciencias sociales* 3 (2003): 27-46.

previamente, si el medio de acogida resultara hostil y/o si se dieran ambas condiciones²⁴⁹ – esta puede implicar variados desafíos para la salud mental. En ese sentido, además de haber múltiples duelos migratorios en juego, se quiebran abruptamente los referentes culturales y se rompe cierta homología entre el marco cultural externo actual y el marco cultural interno que había sido interiorizado.²⁵⁰

A su vez, el desplazamiento puede tener una potencialidad traumática y exponer a los sujetos por estados de desorganización que podrían conllevar a distintas manifestaciones patológicas físicas o psíquicas.²⁵¹ Con el atravesamiento por una migración, entonces, es necesario adaptarse a un nuevo espacio, normas, costumbres, grupos de pertenencia, cultura y lengua, atravesar la separación de vínculos afectivos significativos y la fragilización de las competencias de los propios referentes, lo que no siempre es sencillo y puede generar malestar.²⁵²

Las migraciones, entonces, implican trabajos psíquicos que realizar y requieren tiempos para la adaptación a la nueva realidad circundante. Esperar o demandar que el desplazamiento no sea una vivencia que se experimente a veces con tristeza o dificultades, puede conllevar a la patologización de reacciones esperables y saludables. En esa línea, el mismo Freud en 1915 había definido al “duelo” como una reacción normal que surge en una persona frente a la pérdida tanto de otro sujeto que había sido investido libidinalmente por él como frente a la pérdida de una abstracción, tal como podría serlo la patria.

b) Etiquetamiento de conductas *diferentes* como “trastornadas”

Se ha detectado que en, en muchos casos, se tiende a interpretar como anómalas y trastornadas a aquellas conductas *diferentes* a las supuestamente esperables en un ilusorio conjunto homogéneo de la “infancia argentina” en diversos espacios sociales (como las escue-

249 Joseba Achotegui, “Los duelos de la migración: una perspectiva psicopatológica y psicosocial”. En *Medicina y cultura*, comps. E. Perdiguero y Joseba Comelles (Barcelona: Bellaterra, 1999), 88-100.

250 Nathan 1986, cit. Marie Rose Moro Moro, “Parentalidad y diversidad cultural”, *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, 49, (2010): 27-38.

251 León Grinberg y Rebeca Grinberg, *Psicoanálisis de la migración y del exilio* (Madrid: Alianza, 1984).

252 Jorge Barudy y Anne-Pascale Marquebreucq, *Hijas e hijos de madres resilientes: traumas infantiles en situaciones extremas: violencia de género, guerra, genocidio, persecución y exilio* (Buenos Aires: Paidós, 2006).

las, centros de salud y hospitales, por ejemplo). De ese modo, habría una interpretación de lo disímil en tanto desviado y se tendería a buscar la normalización sin interrogarse por los contextos económicos, sociales y culturales en los cuales dichos comportamientos se producen.

Una viñeta recogida durante el trabajo de campo realizado señala la detección de una derivación acrítica de alumnos/as de escuelas primarias de origen boliviano a los servicios de salud mental por ser más retraídos o silenciosos que los estudiantes nativos, sin cuestionarse acerca de las responsabilidades que le caben tanto a la escuela como a la sociedad en el silenciamiento que se produce en las voces de las personas migrantes.²⁵³ Tal como indaga Novaro: “nos preguntamos por eso si se trata de silencio o silenciamiento, así como también si lo que faltan son palabras, o la expectativa de que las palabras serán escuchadas”.²⁵⁴

En otros casos, también se connotan los modos de crianza y pautas culturales de las familias migrantes como arcaicos o disfuncionales, tendiendo hacia una lectura simplista y estigmatizante de las formas de vida de amplios conjuntos poblacionales que usualmente difieran de las de los profesionales con quienes consultan. Además, desde una lógica etnocéntrica, los cuidados a la salud mental infantil de dichas familias suelen ser ignorados o marginados –tal como lo describe Menéndez²⁵⁵–, y simultáneamente, se suspenden los cuestionamientos que los propios profesionales pueden formular en torno a sus teorizaciones y prácticas.

c) Desplazamiento de problemáticas sociales complejas a la esfera de responsabilidades de los trabajadores/as de la salud

El padecimiento de las infancias migrantes no es un mero efecto del desplazamiento territorial sino que intervienen variadas determinantes en su producción. Algunas de ellas están fuertemente vinculadas a los modos en los que la sociedad de acogida, las legislaciones, instituciones y agentes del Estado reciben y brindan sus tratos a esta

253 Poverene, “Sobre la derivación de niños/as migrantes a servicios de salud mental desde el sector de educación (...)”, 2018.

254 Gabriela Novaro, “Palabras desoídas - palabras silenciadas - palabras traducidas: voces y silencios de niños bolivianos en escuelas de Buenos Aires”. *Revista do Centro de Educação*, 34(1), (2009): 59-60.

255 Menéndez. “Modelos de atención de los padecimientos: de exclusiones teóricas y articulaciones prácticas”, 2003.

población. En ese sentido, las difíciles condiciones objetivas de vida que atraviesan muchas familias migrantes, la posición de subalternidad que suelen ocupar en la estructura social, la desvalorización de su pertenencia cultural, nacional y étnica y la discriminación de la que son receptores impactan en la subjetividad de los niños y niñas en contextos de movilidad humana, generando padecimiento.

Si bien algunas de esas problemáticas no atañen solamente a las personas migrantes y tampoco son intrínsecas al proceso migratorio en sí mismo –sino que son el resultado de dinámicas de inclusión/exclusión por los cuales los privilegios se distribuyen de manera desigual–, estas son capaces de producir y potenciar el sufrimiento psíquico.²⁵⁶

De ese modo, si se patologizan las conductas de un niño/a que experimenta malestar por los modos en los que el Estado y la sociedad lo tratan, se estaría tropezando con una de las consecuencias de la medicalización: delegar en expertos médicos la atención de problemas humanos y utilizar definiciones médicas para abordar conflictos sociales.²⁵⁷ Así, aquellos problemas que debieran resolverse de manera colectiva son tanto individualizados como psicologizados, expulsando el debate respecto de la pobreza y desigualdad.²⁵⁸

En ese sentido, se torna esencial comprender que la salud mental, como lo plantea la Ley Nacional de Salud Mental N °26.657, debe reconocerse como un proceso que está determinado por componentes socio-económicos, históricos, culturales biológicos y psicológicos, vinculados con el goce de los derechos humanos de todas las personas.

En resumen: al comprender con una clave medicalizadora y patologizadora las problemáticas presentadas por los niños/as en contextos de migración internacional, en muchos casos suelen brindarse respuestas unidisciplinarias desde la psicología o psiquiatría, ante conflictos multideterminados.

Esta cuestión también suele ser dimensionada por los propios trabajadores de la salud quienes manifiestan que sus intervenciones

256 Laura Poverene, “Los procesos de salud/enfermedad/atención en el campo de la salud mental de niños/as migrantes bolivianos en zona sur de Ciudad de Buenos Aires” (Tesis Maestría en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, Universidad de Buenos Aires, 2016).

257 Peter Conrad, “Sobre la medicalización de la anormalidad y el control social”, en *Psiquiatría Crítica. La política de la salud mental*, Ed: David Ingleby (Barcelona: Crítica; Grijalbo, 1982): 129-154.

258 Valeria Llobet “Las políticas sociales para la infancia vulnerable. Algunas reflexiones desde la Psicología”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*,4(1), (2006): 149-176.

son limitadas, siendo necesario un ejercicio real de los derechos de los usuarios para contribuir verdaderamente al cuidado de su salud mental.

7. Para concluir e iniciar

Edgard Morin²⁵⁹ plantea que tanto el error como la ilusión son riesgos que conlleva todo conocimiento, pese a que no suelen reconocerse. En ese sentido, es fundamental advertir que el conocimiento no es un espejo fiel de las cosas del mundo: están en juego traducciones y reconstrucciones a nivel cerebral en la percepción, así como traducciones y reconstrucciones mediadas por el pensamiento. Esto implica una interpretación de quien intenta ejercitar el conocimiento, lo que conduce a que su subjetividad, su cosmovisión y sus principios de conocimiento tomen parte del asunto.

Estas ideas permiten pensar en la centralidad de las lecturas y comprensiones que se ponen en juego al pensar en las infancias en contextos de movilidad humana, ya que aquellas interpretaciones no son solamente ideas inertes sino que construyen realidades.

La medicalización como modo de comprensión y abordaje de los sufrimientos que atraviesan los niños y niñas migrantes implicaría una reducción que simplifica y undimensionaliza problemáticas complejas. A través de dicha lógica se incurre en uno de sus efectos más peligrosos: individualizar las dificultades humanas y señalar a los migrantes como “anómalos” cuando muchos de sus padecimientos se vinculan con los modos en los que el Estado y la sociedad los trata, con sus condiciones materiales de existencia.

Estas ideas son congruentes con planteos de Bauman²⁶⁰ en relación con la apelación a la búsqueda individual de soluciones ante los problemas socialmente producidos, enfatizando la vulnerabilidad como un asunto privado.

Con la simplificación de problemáticas complejas a categorías psicopatológicas, se brindan intervenciones desde un saber científico técnico que puede velar la responsabilidad colectiva en la producción de padecimiento de dicha población. De ese modo, las respuestas institucionales se enfocan en tratar el *ambiente interno del individuo* en vez de buscar cambiar las circunstancias adversas de estos niños y niñas.²⁶¹

259 Morin, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, 1999.

260 Bauman, *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, 2005.

261 Alejandra Barcala, Eugenia Bianchi y Laura Poverene, “Medicalización de la infancia: sus efectos en la salud mental”, 2017.

A partir de las propuestas de Morin²⁶², se torna imperioso cuestionar el avance acrítico de los conocimientos especializados si es que estos tienden a invisibilizar los contextos, complejidades y globalidades. Tal como lo plantea dicho autor, al despegar el objeto de conocimiento de su contexto, se lo ubica dentro del espacio conceptual de una disciplina compartimentada que no siempre contempla la multidimensionalidad de los fenómenos y la relación de las partes con el todo. La hiper-especialización de las disciplinas podría conllevar a que cada una se concentre en sí misma, perdiendo de vista la percepción de lo global y soltando sus lazos tanto de responsabilidad como de solidaridad.

Comprender, entonces, al sufrimiento psíquico de los niños/as migrantes como complejo, es una invitación a renunciar a la ilusión de que una única disciplina podría otorgarle respuestas totalizantes y un recordatorio acerca de la importancia de la intersectorialidad y de la inclusión de los saberes de las personas implicadas en las problemáticas para las cuales se llevan a cabo intervenciones.²⁶³

Para concluir, tal vez se trate de no fraccionar los problemas para hacerlos fácilmente visibles e interpretables para nuestras miradas sino de cuestionar nuestras ópticas reduccionistas y objetalizadoras de ver y aprehender lo que sucede con las infancias en contextos de movilidad humana. De ese modo, tomando la complejidad como posición epistémica, cambiarán no solo nuestras miradas sino también, las realidades.

8. Referencias bibliográficas

- Achotegui, J. (1999). Los duelos de la migración: una perspectiva psicopatológica y psicosocial. En E. Perdiguero y J. Comelles (comps.), *Medicina y cultura*. Barcelona: Bellaterra.
- Argibay, M; Martínez, S. y Poverene, L. (2014). Seminario: “*La construcción social de la exclusión en la infancia y adolescencia en programas sociales*”. Maestría Problemáticas Sociales Infanto Juveniles. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Trabajo final. Sin Publicar.
- Barcala, A. y Poverene, L. (2019). *Salud mental y derechos humanos en las infancias y adolescencias Investigaciones actuales en Argentina*. Ed-UNLa / CLACSO.

262 Morin, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, 1999.

263 Laura Poverene, “Ni excluidos ni exclusivos: profesionales de salud mental y las respuestas ante el sufrimiento psíquico en las infancias”. En *Salud mental y derechos humanos en las infancias y adolescencias. Investigaciones actuales en Argentina*, Comps: Alejandra Barcala y Laura Poverene (Buenos Aires: Ed UNLa, 2019): 149-160.

- Barcala, A., Bianchi, E. y Poverene L. (2017). Medicalización de la infancia: sus efectos en la salud mental. En *Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 82, 99- 114.
- Barudy, J. y Marquebreucq, A. (2006). *Hijas e hijos de madres resilientes: traumas infantiles en situaciones extremas: violencia de género, guerra, genocidio, persecución y exilio*. Buenos Aires: Paidós.
- Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Z. (2011). *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS). (2012). Política migratoria y derechos humanos: consolidación de una agenda para proteger los derechos de los migrantes. En *Derechos humanos en Argentina* (325-328). Buenos Aires: Siglo Veintiuno. Recuperado de: http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS_Informe_2012_Migrantes.pdf
- Ceriani Cernadas, P., García, L., y Salas, A. G. (2014). Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe. *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, 22(42).
- Conrad, P. (1982). “Sobre la medicalización de la anormalidad y el control social”. En: Ingleby, D. (Ed.). *Psiquiatría Crítica. La política de la salud mental*. Barcelona: Crítica; Grijalbo, 129-154.
- Gavazzo, N. (2012). *Hijos de bolivianos y paraguayos en el área metropolitana de Buenos Aires. Identificaciones y participación entre la discriminación y el reconocimiento* (Tesis doctoral. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires).
- Fraser, N. (1991). “La lucha por las necesidades: Esbozo de una teoría crítica socialista-feminista de la cultura política del capitalismo tardío”. *Revista DebateFeminista*.
- Freud, S. (1915). Duelo y Melancolía. Obras completas, vol. XIV. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu.
- García Borrego, I. (2003). Los hijos de inmigrantes extranjeros como objeto de estudio de la sociología. *Anduli: revista andaluza de ciencias sociales*, (3): 27-46.
- Grinberg, L. y Grinberg, R. (1984). *Psicoanálisis de la migración y del exilio*. Madrid: Alianza.
- INDEC (2010). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas*. Recuperado de: <http://www.censo2010.indec.gov.ar/>
- Ley N° 448. Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires, 27 de julio de 2000.
- Ley N° 25.871. Ley de Migraciones de Argentina. Buenos Aires, 20 de enero de 2004.
- Ley N° 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Buenos Aires, 21 de octubre de 2005.
- Ley N° 26.657: Ley Nacional de Salud Mental. Buenos Aires, 2 de diciembre de 2010.

- Llobet, V. (2006). Las políticas sociales para la infancia vulnerable. Algunas reflexiones desde la Psicología. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 4(1), 149-176.
- Llobet, V. (2012) “Políticas Sociales y ciudadanía. Diálogos entre la teoría feminista y el campo de estudios de infancia”. *Frontera Norte. Revista del Colegio de la Frontera Norte*, 7-36.
- Martínez, L. (2014). Niñez, migración y derechos: aportes para un abordaje antropológico. *Revista Sociedad y Equidad*, 6, 237-257.
- Menéndez, E. (2003). Modelos de atención de los padecimientos: de exclusiones teóricas y articulaciones prácticas. *Ciencia & Saúde Coletiva*. 8(1), 185-207.
- Miles, M. y Huberman, M. (1994). *An expanded sourcebook qualitative data analysis*. Londres: Sage.
- Minayo, M. (2003): Ciencia, Técnica y Arte: el desafío de la investigación social. En Minayo, M. (org.), *La Investigación Social: Teoría Método y Creatividad* (9-24). Buenos Aires: Lugar.
- Morin, E. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Unesco.
- Moro, M. R. (2010). Parentalidad y diversidad cultural. *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*, 49(1), 27-38.
- Novaro, G. (2009). Palabras desoídas - palabras silenciadas - palabras traducidas: voces y silencios de niños bolivianos en escuelas de Buenos Aires. *Revista do Centro de Educação*, 34(1), 47-64.
- Poverene, L. (2015). Valoraciones de las/os profesionales del campo de la salud mental sobre los saberes de las familias migrantes bolivianas en torno al sufrimiento psíquico de sus niñas/os. *Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires*, XXII, 293-299
- Poverene, L. (2016). *Los procesos de salud/enfermedad/atención en el campo de la salud mental de niños/as migrantes bolivianos en zona sur de Ciudad de Buenos Aires*. Maestría en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, Universidad de Buenos Aires.
- Poverene, L. (2018). Sobre la derivación de niños/as migrantes a servicios de salud mental desde el sector de educación: “los deriva como quien te tira la pelota y ya se descomprime”, en *XXIV Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires*, pp. 125-133.
- Poverene L. (2019). Ni excluidos ni exclusivos: profesionales de salud mental y las respuestas ante el sufrimiento psíquico en las infancias. En Barcala, A. y Poverene, L. (comps). *Salud mental y derechos humanos en las infancias y adolescencias. Investigaciones actuales en Argentina*. Buenos Aires: Ed UNLa, pp. 149-160.
- Rodríguez, G. Gil J. y García E. (1996). *Metodología de la investigación cualitativa*. Granada: Ediciones Aljibe.
- Sayad, A. (2010). La doble ausencia. *De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado*. Barcelona: Athropos.
- UNICEF (2018). Niños y niñas en América Latina. Panorama 2019.

- UNICEF – Universidad Nacional de Lanús (UNLa). (2013). *Niñez, Migraciones y Derechos Humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la Ley de Migraciones*. Buenos Aires: UNICEF y UNLa. Recuperado de: https://www.unicef.org.ar/comunicacion/proteccion_estudio_migracion_10años.pdf
- Valles, M. (1997). *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid: Síntesis.
- Vasilachis de Gialdino I. (dir.) (2007). *Estrategias de investigación cualitativa*. Bs As: Gedisa.

Los infantes migrantes mueren antes de tiempo

Silvino Vergara Nava ²⁶⁴

264 Silvino Vergara Nava, mexicano, es licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla; maestro en Derecho por la Universidad Iberoamericana; doctor en Derecho por la Universidad Panamericana y la Universidad Autónoma de Tlaxcala, y cursó los seminarios del Doctorado en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Desde 1997 es titular del despacho Consultoría Contencioso Administrativa, de la ciudad de Puebla. Es articulista de temas jurídicos y fiscales en las revistas *Quaestionis* (Guadalajara), de la cual es sub-director, *Asesores* (Puebla), de la cual es miembro del consejo editorial, y *Defensa Fiscal* (Puebla). Es columnista de temas de derecho de los diarios poblanos: *La Jornada de Oriente*, *Cambio siendo titular de la columna semanal*: “temas jurídicos para tiempos no jurídicos” y *el Popular*, siendo titular de la columna semanal: “entre depredación e indiferencia” y de la columna quincenal: “Escritorio jurídico”. Además, participa en el programa de radio “Hablemos de derecho”, que se transmite cada martes a las 16:30 horas por Radio TexMex Fm 97.1 de Acatlan de Osorio, Puebla, así como en el programa “Visión fiscal”, de Argos Cursa Radio, el tercer miércoles de cada mes a las 17 horas y del programa por Radio por Parmenas radio.org. “la voz de la cultura del sur” los días lunes a las 15:30 horas, estación de la cual es director del proyecto. También, ha impartido cátedra en la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Universidad de las Américas-Puebla y en la Escuela Libre de Derecho de Puebla. Es coautor de los libros: “Así vemos México” editorial Paideia.mx. de Guadalajara, México, (2014), “Tratado de derecho constitucional”, Río de Janeiro, Elsevier Editora, (2014), “Así vimos México” editorial Paideia.mx. de Guadalajara, México, (2015), “Apuntes contemporáneos de derecho” editorial Paideia.mx de Guadalajara, México, (2016) “Viviendo la Constitución. A cien años de su promulgación” de la Universidad de la Sierra de Huauachinango, Puebla, (2017) “identidad migrante”, de Radio TexMex Fm 97.1 de Acatlan de Osorio, Puebla (2018), “Derecho y sociedad –notas para entender la realidad–” editorial Paideia.mx, Guadalajara, México, “La declaración universal de los derechos humanos en su septuagésimo aniversario” editado por Grupo editorial Mariel, México, Puebla (2019), “Derechos actuales. Realidades y desafíos” editorial Paideia.mx Guadalajara, 2020. Es autor de los libros *La utilidad de la filosofía del derecho en el derecho tributario* Editorial Porrúa, México, (2009), *Clasificación de las violaciones de forma y de fondo en los procedimientos de las autoridades fiscales* de la Escuela Libre de Derecho de Puebla, (2012), *Para conocer la ley general para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, de Parmenas de la ciudad de Puebla, México, (2013) segunda edición en 2016 y tercera edición 2020, *Temas jurídicos para tiempos no jurídicos* de Parmenas de la ciudad de Puebla, México, (2016), *Los procedimientos de fiscalización de un derecho fiscal de la sospecha* de Parmenas de la ciudad de Puebla, México, (2017) *Entre depredación e indiferencia* de Parmenas de la ciudad de Puebla, México, (2018), *El Plan de Ayala desde otra mirada* (2019) y *La última página en defensa fiscal* Editorial Defensa Fiscal, México, Puebla, (2019).

“Estáis en pecado mortal y en el vivís y morís,
por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes...
¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras
a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas?”.

Bartolomé de las Casas

La historia de la humanidad es la historia de la migración, pero hoy particularmente la migración de la infancia y desafortunadamente la infancia pobre, pues la migración de la pobreza es aquella que la historia oficial señala como la causante de más daños, afectaciones, carencias, problemas, delitos, etc.; sin embargo, pareciera que la realidad es inversa, pues esto es provocado muchas de las ocasiones por la migración de la riqueza, que es la que ha causado más estragos en el planeta, por lo menos en nuestro continente así lo dicen los hechos: Cincuenta millones de muertos en la época colonial, genocidio —palabra que no existía sino hasta mediados del siglo XX— que en parte se trató de contener por un migrante, Bartolomé de las Casas, que en aquellos tiempos tuvo la valentía de alzar la voz sobre este crimen en sus escritos, publicados como *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Reseña el fraile: “Entraban en los pueblos, ni dejaban niños, ni viejos, ni mujeres preñadas ni paridas que no desbarrigaban y hacían pedazos... Hacían apuestas sobre quien de una cuchillada abría el hombre de por medio, o le cortaba la cabeza de un piquete, o le descubría las entrañas”.

Este brevísimo y modesto trabajo sirva como un homenaje a fray Bartolomé de las Casas, precursor de los derechos de los indígenas, de la igualdad, del respeto a la dignidad humana y del reconocimiento de los derechos de los pueblos de origen de sus generaciones futuras y sobre todo de sus niños y niñas, por ello se titula “Los infantes migrantes mueren antes de tiempo”, pues en los tiempos de las matanzas generalizadas de indígenas en la América del siglo XVI De las Casas pregonó para contener ese genocidio y denunciaba que “los indios mueren antes de tiempo”; y efectivamente, la conquista provocó estas muertes adelantadas y en masa, y morían antes de tiempo porque eran tanto jóvenes como miles de infantes. Pues bien, ahora resulta que aquellos pocos que quedaron como descendientes de estos pueblos naturales son ahora migrantes pobres del siglo XXI a los que les siguen violando los mismos derechos les fueron violados hace ya más de 500 años, pero hoy en particular a los infantes, es decir a los niños y niñas tanto de escasos recursos, como los que forman parte de los pueblos de origen que desafortunadamente sola-

mente son parte del discurso de los derechos humanos, pero nada de la efectividad de esos derechos con es infancia.

Sobre esa voz de estas muertes apresuradas de niños y niñas y que hoy son los que mueren antes de tiempo son los migrantes pobres a causa de las mismas razones que en esos tiempos de la conquista: el capitalismo voraz, actualmente modificado por un capitalismo financiero también llamado fase terminal del capitalismo que es totalmente especulador, usurero y ambicioso. La intención de estas líneas es plantear que hoy en día es la migración de la pobreza, particularmente de los niños y niñas, la que los medios de comunicación y los poderes justifican como causante de todos los males de las sociedades posmodernas aunque en realidad no es así, y que estamos topándonos con una problemática que consiste en un sistema económico, social y jurídico que requiere de una mutación considerable, pues a esos migrantes pobres que alcanza a los niños y las niñas se los está tratando como esclavos en pleno siglo XXI.

La migración de la pobreza infantil ha causado una nueva esclavitud del siglo XXI; por ello, independientemente de que se ha establecido en los sistemas jurídicos de la región que expresamente está abolida la esclavitud como un derecho fundamental y que se ha reconocido la vigencia de los derechos de libertad e igualdad, pareciera que no es así, pues subsiste la esclavitud de la migración pobre de la posmodernidad, el maltrato a los infantes, pero en particular a los infantes pobres que aún son más pobres y son de los que denominada Zygmunt Bauman como “el precariado”.

En estas líneas se hace énfasis en el fenómeno de la migración de la pobreza infantil en tiempos de la posmodernidad, para lo cual habría que delimitar qué se entiende por posmodernidad, pero principalmente en el mundo de jurídico, por lo que resulta necesario definir qué caracteriza a esta época de la humanidad, tras lo cual pasaremos a determinar si en la actual posmodernidad aún subsiste la esclavitud como una forma de explotación del hombre contra el hombre y si esta ha sido reconocida por los organismos internacionales, los tribunales y juzgados, sobre todo la esclavitud de los migrantes pobres, niños y niñas; en caso de que efectivamente exista esa esclavitud, conocer qué alternativas se tienen para una segunda abolición de la esclavitud, algo que sigue siendo igual de indispensable como en los primeros años de los Estados independientes de nuestra América Latina.

1. La migración de la pobreza y la pobreza que provoca la migración

“Inmigrantes muertos en el mar, desde esas barcas que en lugar de ser una vía de esperanza han sido una vía de muerte...
Hoy nadie se siente responsable de esto; hemos perdido el sentido de la responsabilidad fraterna... miramos al hermano medio muerto en el borde del camino, quizá pensamos “pobrecito”, y continuamos por nuestro camino... En este mundo de la globalización hemos caído en la globalización de la indiferencia. ¡Nos hemos habituado al sufrimiento del otro, no nos concierne, no nos interesa, no es un asunto nuestro!
Homilía del Papa Francisco en Lampedusa
(8 de julio de 2013)²⁶⁵

La historia universal es propiedad de las tragedias, y las tragedias normalmente son propiedad de la migración de la pobreza y en particular de los niños y niñas olvidados paradójicamente por la propia historia. Las guerras y las batallas tienen que ver con migraciones, las muertes y los genocidios también tienen relación con la migración infantil, basta con recordar desde la historia oficial europea el genocidio armenio iniciado en 1916, causado por los jóvenes turcos, que consistió en expulsar de sus tierras a este grupo humano para que en el éxodo murieran casi dos millones de armenios, entre ellos miles de niños y niñas.²⁶⁶

De aquel genocidio —cuyo centenario fue recientemente recordado— ninguno de los responsables fue castigado, juzgado o sentenciado, y en parte fue la razón por la cual el nazismo implementó la solución final, ya que se dice que Adolf Hitler justificó el genocidio judío sosteniendo: “¿Quién recuerda el genocidio armenio?”²⁶⁷ La solución final partía del objetivo de expulsar de Europa a los judíos, lo que provocó la extinción de seis millones de judíos. Pues bien, estos dos casos emblemáticos de la historia de la migración —armenios y judíos— repercutieron en el mundo actual y dieron paso a grandes cambios jurídicos gracias, en parte, a la experiencia de esos hechos, a la necesidad de juzgar, por un lado, y para evitar que vuelvan a suceder estos hechos, por el otro. Es la experiencia que

265 Bauman, Zygmunt, *Extraños llamando a la puerta*, Barcelona, Paidós, 2016.

266 “Trasladar a la población judía a Madagascar plan que fracasó porque Inglaterra, lejos de caer bajo los ataques nazis, los repelió, causándoles serias bajas en lo que sería la primera derrota de Hitler” (Rafecas, Daniel, *Aportes para un cambio cultural a partir de Auschwitz. Ensayos sobre derecho, historia y educación*, Biblioteca Nuestra Memoria, 2013).

267 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Un proceso histórico*, Buenos Aires, Editorial AR, 2012.

se obtiene del genocidio armenio. Respecto al genocidio judío, el reconocimiento de la necesidad del respeto de la dignidad humana como el sustento de todos los derechos fundamentales, sin embargo poco se habla de la marginación de los niños y niñas en esos dos lamentables sucesos.

Pero para no ir tan lejos, en México también se puede hablar de migraciones que también tienen relación con crímenes de lesa humanidad. Basta con mencionar el genocidio que se cometió al pueblo yaqui, causado por el Porfiriato de finales del siglo XIX, cuando lo obligaron a migrar al sur del país para trabajar el henequén en la península de Yucatán, lo que causó una gran cantidad de pérdidas humanas ante la imposibilidad de resistir las condiciones en que se llevó a cabo el traslado y por el tipo de trabajo arduo al que fueron sometidos en un entorno totalmente distinto al que habitualmente estaban acostumbrados en el norte de nuestro México, pues Yucatán llega a climas de 50 grados centígrados, sin embargo, poco se habla de los niños y niñas de ese exterminio.

Y si de migraciones es la historia de la humanidad, tiempo atrás el pueblo Azteca fue un pueblo de origen migrante, al provenir de las llanuras —se dice— de Colima; llegó al valle de lo que ahora es la Ciudad de México, para constituir el imperio Azteca. Con esta revista tan fugaz, es evidente que la historia de la humanidad es la historia de las migraciones, y sigue siendo noticia, pues las migraciones siempre se encuentran en los primeros lugares de los medios de comunicación, de los problemas de las naciones y de la justificación de las políticas públicas y de las legislaciones de los Estados, pero no así los olvidados migrantes que son los niños y niñas. Pero pareciera que la migración, siempre perseguida, discriminada, excluida, es la migración particularmente de la pobreza, por lo menos hoy es en la que más énfasis se ha puesto en los tiempos posmodernos, pues, a decir de la profesora Adela Cortina, es evidente que los extraños que son turistas son actualmente vistos con buenos ojos, son personas que vienen a consumir y que dejarán jugosas ganancias en su estadía, además de que su estancia es temporal en territorios extraños, por lo que no se requiere de preocupaciones adicionales de los propios naturales de esas tierras sino solo prever que estén bien atendidos, pues producen jugosas ganancias. La autora española opina que “crear empleo, que podría ir dejando de ser precario poco a poco, subir las cifras de ocupación hoteleras con todo lo que ello implica... las promesas que siempre lleva aparejado el mundo del turismo”.²⁶⁸ Desde

268 Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Madrid, Paidós, 2017.

luego que esa es la óptica actual y en particular desde el margen de Europa, en América lo podemos ver desde otro punto de vista. En nuestro continente el turismo desafortunadamente ha producido más pobreza y desplazamiento de los pueblos de origen incluyendo a sus niños y niñas, y son las grandes empresas transnacionales las que se han encargado, en la mayoría de los casos, de hacer el papel de los beneficiarios en la construcción de los desarrollos turísticos a costa de las poblaciones de origen y de la explotación de los recursos naturales de esas zonas “beneficiadas por el turismo”.²⁶⁹

269 “¿Será el turismo la salvación económica para América Latina? ¿No será que la industria turística es una nueva forma de explotación de América Latina? En la historia de América Latina grandes obras describen los saqueos que sufrió nuestro continente a partir de la Colonia, por ejemplo, productos minerales y agrícolas que transformaron desde la alimentación en Europa hasta el nacimiento de la industrialización de las naciones europeas (Feinmann, José Pablo, *La filosofía y el barro de la historia*, Planeta, 2008). Basta recordar *Las venas abiertas de América Latina* (2009), el extraordinario libro de Eduardo Galeano, que narra esa traumática depredación sobre todo el continente: “... se ha oído hablar de concesiones hechas por América Latina al capital extranjero, pero no de concesiones hechos por los Estados Unidos al capital de otros países”.

Después de las independencias de los países de América Latina, la conformación de las naciones con base en una división no natural si no política-económica provocó no la dependencia política con las naciones europeas pero sí la económica; es válido decir que aún no existe esa independencia económica, como lo sintetiza el profesor Zaffaroni: “La lucha latinoamericana por la realización de los Derechos Humanos no puede ser otra cosa que la lucha contra el colonialismo en su fase actual” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Madres de la Plaza de Mayo, 2015). Al ser así, siguen los saqueos sobre América Latina; el petróleo y la minería son ejemplos de ello. Pero ¿qué sucede con la industria del turismo, la llamada industria sin chimeneas, en América Latina?

Por lo regular, las zonas turísticas son creadas por la belleza natural de paisajes, playas, ríos, cascadas, montañas, lagos, etc., la mayoría de las veces, ubicadas en territorios expropiados a los habitantes naturales de estos predios, proyecciones que incrementan el valor de esas zonas bajo la especulación de los desarrolladores inmobiliarios, que normalmente están conformados por socios y capital europeo o norteamericano —hoy incluso chino o japonés—; accionistas de dichas empresas que no conocen esas tierras que serán de interés turístico. Con estos complejos turísticos se genera una gran migración de prestadores de servicios; en principio, trabajadores de la industria de la construcción, que normalmente se quedan a residir en esos lugares en condiciones no muy regulares de los servicios públicos por la falta de legislación y regulación urbana de estos polos turísticos. De esta forma, los campos agrícolas y ganaderos se convierten en hoteles, aeropuertos o campos de golf, con lo cual se liquida la precaria industria agrícola, pesquera o ganadera de origen. Esto provoca una gran dependencia de alimentos de estas zonas, ya que requieren de productos alimenticios de otros sitios para abastecer la gran migración que se instala en estas zonas.

Así, llega una segunda migración a estos centros turísticos, que son los prestadores de servicios turísticos: chóferes, almacenistas, cocineros, meseros, traductores, camaristas, administradores y guías de turistas, que, a decir de Zygmunt Bauman, son trabajos de poca capacitación y, por ende, fáciles de sustituir, lo que conduce a la poca estabilidad en el trabajo, algo que representa desempleo (Bauman, Zygmunt, *Mundo consumo*, México, Paidós, 2010). En tanto, la población de origen es discriminada, pierde sus tierras, sus tradiciones y su cultura; quedan en extrema pobreza y, en el mejor de los casos, sobreviven con la

Otra migración que se observa con buenos ojos es la que corresponde a los inversionistas, que son personas que cuentan con grandes recursos económicos y que presumen tener un nivel cultural o educativo elevado; a diferencia del turista, se quedan a radicar en las nuevas tierras y son vistos con buenos ojos porque están poniendo su patrimonio, tiempo y parte de su vida. Desde luego que la percepción sobre la presencia de los inversionistas en la región tiene altas y bajas. Altas, por el desarrollo económico que su inversión representa para la región, y bajas, cuando se está ante la presencia de salarios muy bajos o por la destrucción ambiental que las empresas provocan al instalarse en esos lugares. Pero finalmente en esa percepción influyen mucho los medios de comunicación y las propias autoridades, quienes hacen labor para que se vea con buenos ojos a este tipo de migrantes; además, la historia de la migración de la riqueza no dice nada, como si no hubiese existido o como si no hubiese provocado daños a las tierras en donde se ubica. Sin embargo, es la migración de la riqueza la que más ha causado afectaciones en el mundo, por lo menos si consideramos los hechos de la conquista de nuestro continente.

Las venas abiertas de América Latina, del uruguayo Eduardo Galeano, cuenta ejemplos claros de los estragos de la migración europea en toda la historia del nuevo continente: “Es América Latina, la región de las venas abiertas. Desde el descubrimiento hasta nuestros días, todo se ha trasmutado siempre en capital europeo o, más tarde, norteamericano, y como tal se ha acumulado y se acumula en los lejanos centros de poder”.²⁷⁰ A decir del profesor argentino José Pablo Feinmann, la emblemática obra de Galeano trata del desarrollo de una teoría de la dependencia: “... es por medio de nuestra impudosa explotación que el capitalismo crece, se desarrolla y controla sus contradicciones internas”.²⁷¹ Estas evidencias demuestran que la migración de la riqueza ha provocado más daños que los migrantes pobres; sin embargo, actualmente nos hemos encargado de olvidar-

producción de artesanía, aunque normalmente esto es monopolizado por las propias autoridades locales, que exigen permisos, pago de derechos, dádivas, etc.; en el peor de los casos, migran a los grandes centros urbanos, se presentan evidentes desplazamientos de estos grupos de origen, lo cual hoy se considera como una de las más graves violaciones de los derechos humanos, pues los desplazados no son producto solamente de problemas de violencia extrema, guerrillas, conflictos religiosos o raciales, sino también de la creación de estas zonas turísticas. De esta forma, ¿no será que la industria turística es una nueva forma de explotación de América Latina? (Silvino Vergara Nava, *La Jornada de Oriente*, 17 de febrero de 2017).

270 Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, México, Siglo XXI, año.

271 Feinmann, José Pablo, *La sangre derramada*, Buenos Aires, Planeta, 2012.

nos de esas migraciones que provocaron la pobreza de las nuevas tierras y un genocidio sistemáticamente olvidado, en particular de los niños y niñas.

Para los escépticos de que murieron cincuenta millones de personas en los tiempos de la conquista del continente americano, basta con repasar la obra de fray Bartolomé de las Casas, que está repleta de muertes por todos lados, donde efectivamente los miembros de los pueblos de origen, incluyendo a los niños y niñas morían antes de tiempo: “Porque son tantos y tales los estragos y crueldades, matanzas y destrucciones, despoblaciones, robos, violencias y tiranías, y en tantos y tales reinos de la gran Tierra Firme, que todas las cosas que hemos dicho son nada en comparación de las que se hicieron; pero aunque las dijéramos todas, que son infinitas las que dejamos de decir, no son comparables ni en número ni en la gravedad”.²⁷²

Es evidente que esa migración de hace 500 años no se puede olvidar, por lo menos nos corresponde insistir en la realidad que se vivió pues, como sintetiza el actual juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni: “Desde el siglo XV, los europeos ocuparon policialmente nuestro continente con parte de su población marginada, trayendo las infecciones que en pocos años mataron a la mayoría de los habitantes originarios. A los sobrevivientes los redujeron a servidumbre”.²⁷³ Es decir, los redujeron a simples esclavos.²⁷⁴ Pero los medios masivos de comunicación y el poder político y económico lo que focalizan es que la causa de los males actuales es la migración de la pobreza, que está en condiciones de simple sobrevivencia, sin un futuro seguro y planeado y arriesgando lo único que les queda, que es la vida, pues el patrimonio lo han perdido, a sus familias las han dejado en sus lugares de origen y solamente se trasladan a nuevas tierras con la simple esperanza de un futuro económico mejor, pero no de otra cosa, es decir, no anhelan un cambio social ni cultural, sino simplemente obtener recursos suficientes para que en un tiempo determinado puedan regresar a sus tierras de origen,

272 De las Casas, Bartolomé, *Brevisima relación de la destrucción de las Indias*, Alianza, Madrid, 2014.

273 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Madres de la Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2015.

274 Dura crítica que hace el profesor José Pablo Feinmann el 27 de mayo de 2007, al mencionar las palabras de Su Santidad Benedicto XVI acerca de que la evangelización no había sido la imposición de una cultura extraña. Dice el profesor: “Benedicto no debe haber leído a fray Bartolomé de las Casas... en rigor a De las Casas lo leyeron todos pero nadie le ha dado importancia. Un clérigo loco, dicen, que hablaba de los indios como si tuvieran alma, como si fueran seres humanos” (Feinmann, José Pablo, *La condición Argentina*, Planeta, Buenos Aires, 2017).

pero es evidente que esto no logran cumplirlo ni la mitad de los que se echan a ese proyecto, sin embargo sobre ese ambiente poco se hace mención de los niños y las niñas migrantes pobres.

Es la migración de la pobreza la que es vista con rechazo por todos habitantes de las tierras de destino; los migrantes no son bien vistos porque todos los males les son imputados, por ejemplo, la delincuencia callejera, cuya responsabilidad se presume como suya a pesar de que no es así y que se deba más al sistema económico tan voraz, que les dan a estas personas que andan de paso el estatus de esclavos en las nuevas tierras en donde se alojan, precisamente por las condiciones en que sitúan. Paradójicamente, ese estatus de esclavitud se ha abolido en la región, y esta abolición es una herencia de las legislaciones decimonónicas, por eso históricamente en el primer artículo de la Constitución mexicana se hace mención expresa de la liberación de los esclavos extranjeros, es decir, de la migración de la pobreza: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes”. De la Constitución mexicana se desprende que era suficiente con migrar a territorio nacional para perder la calidad de esclavo y tener el carácter de un hombre libre como todos los demás seres humanos que habitan la nación.

Pareciera que a nivel regional no existen más los esclavos, y hasta se puede decir que la esclavitud está abolida. En México, la esclavitud fue oficialmente abolida hasta septiembre de 1829, durante la presidencia de José María Bocanegra. Las constituciones de la región siguen en el mismo camino de la plena libertad jurídica: Argentina,²⁷⁵ Guatemala,²⁷⁶ Bolivia,²⁷⁷ Colombia y²⁷⁸ Perú,²⁷⁹ de donde proviene esta concepción de libertad y de igualdad del derecho

275 En el año de 1853.

276 “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

277 La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

278 “Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.

279 “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

moderno. Hoy, viviendo en la posmodernidad, los sistemas jurídicos han precisamente heredado estos dos derechos fundamentales, además de la liberación de la esclavitud, que se trataba de una forma de explotación del hombre contra el hombre; sin embargo, hoy, viviendo en la posmodernidad, ante la presencia de esta migración necesaria de la pobreza como un fenómeno mundial, debemos preguntarnos si aún subsiste la esclavitud y qué han dicho los órganos jurisdiccional al respecto.

2. Los vestigios de los derechos de igualdad y libertad heredados por la posmodernidad

“No me parece que existan suficientes motivos como para afirmar que, por el hecho de haber nacido, un hombre tiene el derecho de participar en las tierras y en cada una de las cosas de este país”

Ireton²⁸⁰

Los derechos de libertad y de igualdad son herencia del derecho moderno.²⁸¹ La abolición de las castas, que se fue conformando con la constitución de los Estados y, con ello, como ya se mencionó, la abolición de la esclavitud, así como los derechos de libertad e igualdad, es algo emblemático y pilar de la época moderna. En principio, en la conformación de los Estados en donde se dan los primeros pasos para sostener la igualdad entre las personas y su derecho de libertad, esto es, de autonomía, que consiste en el derecho de cada sujeto a planear su futuro. El derecho la igualdad y la libertad son esenciales para la evolución del derecho, pues se dejaron atrás las ordenanzas dictadas por un sinnúmero de autoridades legislativas y por ello se conformó la codificación, que es el gran avance en el campo del derecho que causó el monopolio del derecho por parte del Estado, pues solamente es el Estado el legislador, no hay más legisladores y tampoco ordenanzas, con lo que se evita el sinnúmero de antinomias, es decir, las contradicciones en el derecho; por ello, solamente queda un solo legislador, y ese solo legislador, a través de un lenguaje claro y sencillo, permite que cualquier ciudadano pueda conocer cuáles son sus derechos y obligaciones. La codificación se

280 Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2015. Recopilación de los libelos políticos de la revolución inglesa.

281 “Será la seguridad uno de los cuatro derechos (junto a la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión) incluidos en la Declaración de 1789, y la Constitución francesa de 1793 “Vigo, Rodolfo Luís, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2003).

vuelve un manual del ciudadano que permite conocer las consecuencias de su comportamiento viviendo en sociedad.

Desde luego, la igualdad y la libertad son jurídicas, pero materialmente no lo son; no hay el mismo trato y oportunidad para el hijo de un hacendado que para el hijo de un campesino en los tiempos del siglo XIX, ni las mismas oportunidades para una persona nacida en la Ciudad de México que para otra que nació en alguna de las provincias o de las sierras o costas del territorio nacional; por ello, el derecho, a través de estas igualdades y libertades jurídicas, permitía que los márgenes de diferenciación entre unos y otros se estrecharan o fueran lo menos lejanas.

Desde luego que en América Latina esto no fue tan eficaz, la distinción en cuanto a regiones, etnias, razas, costumbres y lenguas es una característica permanente que ha sido y es en estos tiempos muy difícil de combatir. Podría decirse que al final de la modernidad estos derechos de libertad e igualdad se quedaron en el plano formal, simplemente en la ley, pero nunca se cumplieron en la realidad; por el contrario, cada día se nota más la gran ausencia de igualdad y de libertad, sobre todo de los más pobres que son los migrantes y en particular los niños y niñas que están prácticamente a su suerte.

Hoy la igualdad no existe desde el propio derecho gracias a que se permite con la descodificación la creación de un sinnúmero de leyes especiales que flotan como satélites alrededor de los códigos pero que podrían aplicarse las disposiciones de las leyes especiales más que las que corresponden a los códigos, con base en la regla para resolver las antinomias, que dicta que las normas especiales excluyen a las normas generales; entonces, no hay un plano de igualdad propiamente, ateniendo a la detonación que tuvo el derecho con la creación de un sinnúmero de leyes que deben implementarse.

El caso de las libertades o del derecho de libertad es una situación aún más dramática, pues es casi nulo el ejercicio de este derecho, sobre todo cuando son pocos los que gozan de él. En el caso de las restricciones a la libertad, podría sostenerse que no existe una libertad por lo menos de los individuos, existe una libertad plena pero de las grandes corporaciones, que cuentan con libertades más que jurídicas, económicas y a nivel global; pero los individuos más pobres, los más necesitados, desde luego que no cuentan con libertades. ¿Cómo podrá decirse que hay libertades si no se tiene lo más elemental para vivir, ni lo mínimo indispensable para alimentarse? Esto ocasiona que esa igualdad jurídica materialmente no exista, sobre todo atendiendo a ese gran número de pobres y porque debajo de

ellos hay más pobres. Una gran franja de extrema pobreza, y desde ambas esferas salen los migrantes de nuestra América Latina hacia el norte del continente, con la esperanza de encontrar otras oportunidades, aunque muchas veces lo que encuentran es tristeza, decepción y muerte a causa del mismo sistema, que evita que pueda contenerse la pobreza. Dice Zaffaroni que “los modelos de sociedades excluyentes, ya no se ocupan tanto de matar por medio de sus policías autonomizadas: lo hacen fomentando las contradicciones y conflictos entre los propios excluidos. Logran así que se maten entre ellos, lo que les resulta funcional en extremo, pues la conflictividad interna les impide tomar conciencia y coaligarse... les neutraliza toda acción política de conjunto”.²⁸² En resumen, los derechos de igualdad y de libertad heredados de la modernidad desafortunadamente se han perdido por cuenta de la posmodernidad la cual incluso ha despreciado a los más pobres que son los migrantes, pero en particular los niños y niñas que no ven un futuro prominente en sus vidas, por el contrario se encuentran en la subsistencia y en el desprecio por ser migrantes y aún más por ser pobres.

3. En tiempos posmodernos, la esclavitud se llama migración

Despojar a una nación de sus recursos se llama “fomento del libre comercio”; robar a familias y comunidades enteras sus medios de la vida se llama “reducción de personal” o “racionalización”. Jamás estas dos acciones han aparecido en la lista de actos delictivos y punibles. Zygmunt Bauman²⁸³

Es conocido lo que sucedió en la época de la colonia con toda la población que trabajaba en los campos agrícolas, en las minas y en las costas de toda América Latina. La pérdida de vidas era lo más común. Quinientos años después, las colonias son independientes; los Estados se han conformado, unos más artificiales que otros, en el sentido de que muchos de los Estados actuales se arrancaron como provincias de otros Estados, normalmente por intereses económicos europeos o estadounidenses, como en el caso de Panamá, a decir del maestro Paolo Freire de las naciones latinoamericanas: “naciones establecidas, pero no fundadas”. Sin embargo, ahora que los estados se encuentran libres, independientes y soberanos, se

282 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Muertes anunciadas*, Buenos Aires, UNDAV, 2016.

283 Bauman, Zygmunt, *La globalización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

han enfrentado con la misma dependencia económica, tecnológica, científica y alimenticia pues, ante la ausencia de desarrollo propio en esas áreas, dependen aún de los países más industrializados del mundo. No son suficientes estas líneas ni las mejores para dar las razones por las que sí existen los países denominados *tigres*, en Asia, que alcanzaron un gran desarrollo, algo que no ha sucedido con los países de América Latina posiblemente por su cercanía con el país más poderoso del mundo, lo que ha impedido el desarrollo libre de estos países, con sus propios gobiernos, economías, tradiciones, costumbres y derecho.

La Escuela de las Américas, en Panamá; el Consenso de Washington, el Plan Cóndor, el Plan Colombia y el Plan Mérida son simples muestras de que a los países de la región se les ha impedido desarrollarse independientes debido a los intereses de los Estados Unidos y sus empresas, lo cual ha ocasionado la implementación de sistemas económicos y jurídicos que son acordes al país del norte. Desde luego, todo esto es un hecho notorio y común, del conocimiento de la generalidad.

En la legislación se implementa un derecho represivo y controlador que no se observa en la legislación norteamericana, un derecho administrativo de prevención²⁸⁴ y un derecho fiscal de la sospecha²⁸⁵ que son ejemplos palpables de que esas legislaciones son solamente para América Latina pero no para Norteamérica. Todo ello ha provocado realidades terribles en las tierras de América Latina, por ejemplo, campos erosionados o estériles por la fumigación para combatir el exceso de producción de las plantas que producen las drogas; empresas y empresarios nacionales en deudas con bancos o con sus propias autoridades hacendarias y hasta con el crimen organizado o con los clientes europeos o norteamericanos, lo que provoca un nulo desarrollo económico en nuestra región.

La industria minera extranjera acaba con el medioambiente de estos países, lo mismo que hace la denominada industria sin chimenea, es decir, el turismo, que no requiere de chimeneas para provocar estragos ambientales y pobreza en esas regiones; gobiernos generalmente corruptos pero sobre todo ignorantes de los proyectos que requiere el desarrollo propio de los países, gobiernos hoy conformados por funcionarios capacitados en universidades norteamericanas con

284 Vergara Nava, Silvino, *Para conocer la Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, Puebla, Paideia, reimpresión, 2017.

285 Vergara, Nava Silvino, *Los procedimientos de fiscalización de un derecho fiscal de la sospecha*, Puebla, Paideia, 2017.

la finalidad de eficientar el saqueo de la región y el desplazamiento de los pueblos de origen con todo y sus niños y niñas.

Desde luego, es evidente que esa triste realidad ocasiona la expulsión de los nacionales, incluyendo a niños y niñas a buscar otros derroteros. La esperanza de vida es nula, el derecho a la autonomía no existe, la dependencia con los apoyos gubernamentales es esencial para la supervivencia; el crimen organizado, el nulo crecimiento económico, la imposibilidad de contar con apoyos agrícolas o ganaderos atendiendo a que son contrarios a la libertad de mercado y a su máxima ley natural, que es la oferta y demanda; las profesiones que se promueven son esencialmente técnicas, para poder trabajar en las empresas maquiladoras o en las industrias extranjeras que se instalan apelando a nulos derechos laborales, o simplemente saber de números para trabajar en tiendas de conveniencia, incluso aprender otro idioma para trabajar simplemente en un *call center*. Todo esto es una invitación para expulsar a los nacionales de sus países o por lo menos de sus regiones, con la finalidad de obtener recursos en un trabajo que normalmente es ilícito por no contar con los documentos necesarios para poder emplearse, lo cual acarrea nulos derechos laborales y de asistencia social; aun así, resulta más gratificante que quedarse en sus propias tierras, lo cual demuestra la pérdida de esperanza en sus regiones o poblaciones, y ese es el futuro que le espera a esas nuevas generaciones.

La ausencia de derechos laborales, la nula existencia de derechos de asistencia social, las viviendas insalubres y la vida en la clandestinidad son ejemplos de algunas restricciones de libertad en las que viven los migrantes. Bien se puede decir que se trata de situaciones de esclavitud, sin embargo, ante la clandestinidad no hay autoridades ante quienes se puedan denunciar estas condiciones, por lo que no hay declaraciones que determinen y sentencien casos de esclavitud.

No obstante, recientemente la Corte Interamericana de los Derechos Humanos resolvió un caso contra Brasil, denominado Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs Brasil –20 de octubre de 2016– en donde se resolvió respecto a la existencia de hechos de esclavitud.²⁸⁶ “... la prohibición a no ser sometido a esclavitud juega un papel fundamental en la Convención Americana, por representar una de las violaciones más fundamentales de la dignidad de

286 Se cita en la sentencia los hechos del caso: “Los trabajadores, en su mayoría hombres pobres, “afrodescendientes o morenos (mulatos)”, entre 18 y 40 años de edad, son reclutados en sus estados de origen por los gatos para trabajar en estados alejados, con la promesa de salarios atractivos. Al llegar a las haciendas, los trabajadores son informados de que

la persona humana y, concomitantemente, de varios derechos de la Convención. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes y terceros particulares atenten contra él. La observancia del artículo 6, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no solo presupone que ninguna persona sea sometida a esclavitud, servidumbre, trata o trabajo forzoso, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para poner fin a dichas prácticas y prevenir que el derecho a no ser sometido a esas condiciones sea violado, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción”.

Este caso contra Brasil es un caso emblemático para América Latina, pues la Corte Interamericana de los Derechos Humanos está reconociendo casos de esclavitud en nuestro continente, sobre todo de migrantes niños y niñas, lo que representa un paso indispensable para el derecho de las personas, pero sobre todo de la migración de la pobreza infantil; de acuerdo con el tipo de caso que correspondió a este juicio, se trató de casos de migrantes, si bien de la misma nación brasileña, se trató de actos de esclavitud, por lo cual es un claro reconocimiento de que la independencia de los Estados en América no ha sido suficiente para que se aboliera la esclavitud y se respetaran los derechos de igualdad y de libertad, por el contrario subsiste este sistema de esclavitud, desde luego más avanzado, atendiendo a la dependencia que aún tenemos en los países de América latina que es ahora económica y ya no necesariamente política.

están en deuda con sus contratistas por su transporte, alimentación y hospedaje. Los salarios prometidos son reducidos y no cubren los costos ya asumidos. En algunos casos los trabajadores se endeudan cada vez más debido a que tienen que comprar todo lo que necesitan en las tiendas de las haciendas, a precios inflados. Su deuda aumenta tanto que nunca pueden pagarla y se ven obligados a continuar trabajando... Los trabajadores normalmente son vigilados por guardias armados que no les permiten salir de las haciendas. Si intentan huir usualmente son agredidos. Además, la localización geográfica de las haciendas puede ser por sí misma un elemento que limita la libertad de los trabajadores, puesto que muchas veces el acceso a centros urbanos es casi imposible, debido no solo a la distancia sino también a la precariedad de las vías de acceso. Algunos trabajadores sufren abuso físico, sexual y verbal, además de trabajar en condiciones peligrosas, antihigiénicas y degradantes. Debido a su extrema pobreza, su situación de vulnerabilidad y su desesperación por trabajar, los trabajadores muchas veces aceptan las condiciones de trabajo antes descritas.

4. Por la segunda abolición de la esclavitud

Vivimos en tiempos de preguntas fuertes
y de respuestas débiles

Boventura de Sousa Santos²⁸⁷

En la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil*, del 20 de octubre de 2016, se puede leer expresamente: “Por otra parte, en atención al elevado número de víctimas de esclavitud, trata y servidumbre que continúan siendo liberadas por parte de las autoridades brasileñas y al cambio de perspectiva de esos fenómenos y su ocurrencia «en los últimos eslabones de las cadenas de suministro de una economía globalizada», es importante que el Estado adopte medidas para desalentar la demanda que alimenta la explotación del trabajo, tanto a través de trabajo forzoso, como de servidumbre y esclavitud”.

De lo anterior se desprende la necesidad de que el Estado de Brasil tome las medidas necesarias para erradicar estos tratamientos laborales, sobre todo hacia los migrantes, quienes cambian de clima, ambiente y costumbres por la necesidad de obtener un salario y contar con recursos necesarios para su subsistencia y de su familia, así como de los niños y niñas afectados por esa esclavitud, la respuesta a este tipo de sentencias por parte de las naciones, es muy sencillo, lo más común en estos tiempos en que el Estado criminalice este tipo de tratos a las personas, para lo cual basta con tipificar como delito una hipótesis en donde se describa que un trato grosero en el trabajo provoca la comisión de un delito y que se sancionará en forma medularmente grave con la finalidad de que se considere que está justificada la pena y que se tipifique como delito o en su caso, se impongan mayores penas a quien contrate a niños y niñas para trabajar, a lo que se le denomina como: “la huida penal”.

Lo cierto es que imponer un nuevo delito o establecer normas administrativas de calidad en el trabajo que obliguen a que exista algún control administrativo, bitácoras o algo similar en los centros de trabajo no va a permitir resolver estos problemas. Es evidente que el derecho penal simbólico, que es parte de lo que gobierna actualmente, no es una solución para estos problemas de esclavitud ni tampoco aumentar el número de inspectores para abarcar el mayor número de

287 De Sousa Santos, Boventura, *Sociología jurídica*, Madrid, Trotta, 2009.

centros de trabajo, tampoco hacer más restrictivas las disposiciones administrativas de calidad en el trabajo. Prohibir este tipo de trabajos es también meramente figurativo, pues es claro que repercute en las tasas de desempleo cuyas calificaciones deben exponer los países de América Latina para contar con los avales internacionales necesarios para contar con préstamos para la subsistencia de su economía nacional.

De lo que se trata es de tomar medidas para evitar estos tratos hacia las personas, en particular a los migrantes y muy especialmente a los niños y niñas migrantes, una reforma jurídica que establezca un delito o que incremente la pena, modificar las leyes laborales o las normas de calidad en el trabajo no van a contener estos actos de esclavitud, sino que provocará simplemente una forma de justificar la ejecución de la sentencia. En realidad, esta sentencia lo que sostiene es la necesidad de hacer un cambio de rumbo, y esto consiste en que se debe evitar la migración, y desde luego que ese cambio de rumbo es repensar el sistema capitalista insaciable que hoy vivimos, que ha despreciado a los pobres, a los pueblos de origen, pero aún más a sus generaciones más jóvenes es decir a los niños y a las niñas.

Evidentemente, no se requiere de una simple reforma legislativa para combatir la esclavitud actual, sobre todo aplicada a los migrantes pobres, pues sería un simple paliativo, un bálsamo provisional, lo que se necesita es una modificación profunda, pero sobre todo al sistema que hoy nos gobierna, esto es, al sistema capitalista especulador, llamado financiero. Al respecto, el profesor polaco Z. Bauman opina: “La desregulación universal, a la irracionalidad y la ceguera moral de la competencia de mercado, la libertad limitada otorgada al capital y a las finanzas a expensas de todas las demás libertades, y el rechazo de toda la razón que no sea económica, dio un nuevo impulso al inexorable proceso de polarización”.²⁸⁸ Debido a ello, resulta necesario pensar en otro sistema menos voraz. Es claro que no se trata de implementar los sistemas que se pusieron a prueba en Europa del Este. El Estado Social de Derecho produjo consumistas pasivos de servicios del Estado, pero si el sistema capitalista es el que está provocando esta esclavitud de la migración de la pobreza en donde desde luego los más afectados son los niños y las niñas a las que ni siquiera les alcanza exigir sus derechos, respecto a la última crisis en Europa causada por ese sistema, los profesores Cappella y Lorente han dicho: “La respuesta básica a la crisis ha de ser articulada en varios planos. Pues algunas cuestiones son esencialmente interna-

288 Bauman, Zygmunt (1997). *La posmodernidad y sus descontentos*, Ediciones Akal.

cionales, globales... otras se pueden dirimir en ámbitos regionales... y otras cuestiones, en fin, pueden ser más bien ultralocales”.²⁸⁹

Si bien es compleja la solución y a la fecha nadie la tiene, se debe iniciar con algo. Es claro que lo que se necesita primordialmente es contener al poder económico global, que ha provocado grandes ganancias para las grandes corporaciones económicas a costa de desastres ecológicos, económicos y sobre todo sociales, en donde los principales afectados por esto último son los niños y las niñas. El ejemplo lo tenemos muy claro en Centroamérica con los denominados grupos de pandilleros denominados “mara salvatrucha”, que son conformados por lo que algún día fueron niños y niñas que se quedaron en aquellos países porque sus padres o tutores migraron a México o a Estados Unidos de América, por ende, crecieron al cuidado de abuelos en el mejor de los casos o bien, a la deriva y estos conformaron en la década de los ochenta del siglo XX a esos grupos criminales, integrados por lo que fueron infantes en extrema pobreza.

Ante esta realidad es que, hay quien sostiene como respuesta a esta problemática, la necesidad de una constitución global —los globalifílicos—, la denominada tercera generación de las constituciones;²⁹⁰ también, hay quien apuesta por reforzar los regionalismos y contener la globalización respetando los derechos y costumbres de las diversas culturas, los globalifóbicos.²⁹¹

Con la gran dependencia que existe entre los Estados, de inicio, la falta de soberanía alimentaria hace nula la procedencia de una medida radical regionalista. Lo cierto es que hoy muy difícilmente se puede seguir hablando de izquierdas y derechas. Al respecto, F. Fukuyama²⁹² opina que se trata del fin de la historia, por lo menos de esa vetusta polarización entre las izquierdas y derechas. Hoy es diferente, la polarización y es clara: globalifóbicos contra globalifílicos. Pero lo que sí es inminente es que se requiere hacer un cambio, El Estado aún subsiste porque es necesaria su existencia para el propio poder económico, ya que hay labores no redituables que debe hacer el propio Estado, como controlar a los desalineados, llámense pobres, delincuentes o, en voz de Foucault, locos; pero el Estado no

289 Lorente, Miguel Ángel, Capella Juan Ramón, *El crack del año ocho*, Madrid, Tortta, 2009.

290 Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, mini Trotta, 2011.

291 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El Derecho Latinoamericano En La Fase Superior Del Colonialismo*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015.

292 Fukuyama, Francis. *El Fin de la Historia y Otros Ensayos*, Madrid, Alianza, 2015.

está solo para esto, para vigilar y castigar,²⁹³ el Estado debe estar para muchas cosas más, sobre todo para limitar al poder económico por medio del derecho, para fomentar oportunidades para los habitantes de cada lugar de América Latina, no para los monopolios, a cuyos propietarios no les conocemos el rostro. La única forma de restringir naturalmente la migración es darle credibilidad a las instituciones del Estado y efectividad en sus políticas públicas. Quizá sea necesario írselas ingeniando para sacudirse la dependencia norteamericana y europea. Pero lo que sí es verdaderamente urgente es evitar que los migrantes infantes y pobres mueran antes de tiempo que son los más olvidados por el resto de la población y que no cuentan con un mínimo de esperanza para su futuro, más que la simple subsistencia.

5. Bibliografía

- Bauman, Zygmunt, *La globalización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Bauman, Zygmunt, *Extraños llamando a la puerta*, Barcelona, Paidós, 2016.
- Bauman, Zygmunt, *La posmodernidad y sus descontentos*, España, Ediciones Akal, 1997.
- Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, Trotta, 2015.
- Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Madrid, Paidós, 2017.
- De las Casas Fray Bartolomé, *Brevisima relación de la destrucción de las indias*, Madrid, Alianza, 2014.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica*, Madrid, Trotta, 2009.
- Feinmann, José Pablo, *La sangre derramada*, Buenos Aires, Planeta, 2012.
- Feinmann, José Pablo, *La condición Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 2017.
- Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, mini Trotta, 2011.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 2009.
- Fukuyama, Francis, *El fin de la historia y otros ensayos*, Madrid, Alianza, 2015.
- Galeano, Eduardo, *La venas abiertas de América latina*, México, Siglo XXI.
- Lorente, Miguel Ángel, Capella Juan Ramón, *El crack del año ocho*, Madrid, Trotta, 2009.
- Rafecas, Daniel, *Aportes para un cambio cultural a partir de Auschwitz. Ensayos sobre Derecho, Historia y Educación*. Biblioteca Nuestra Memoria. Marzo 2013. Argentina.
- Vergara, Nava Silvino, *Los procedimientos de fiscalización de un derecho fiscal de la sospecha*, Puebla, Paideia, 2017.
- Vergara Nava, Silvino, *Para conocer la Ley Federal Para La Prevención E Identificación De operaciones Con Recursos De Procedencia Ilícita*, Puebla, Paideia, reimpresión, 2017.
- Vigo, Rodolfo Luis, “De la ley al derecho”, México, Editorial Porrúa, 2003.

293 Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Un proceso histórico*, Buenos Aires, Editorial AR, 2012.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Derecho Latinoamericano en la fase superior del Colonialismo*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Muertes anunciadas*, Buenos Aires, UNDAV Ediciones, 2016.

PARTE V

PUEBLOS ORIGINIARIOS E INFANCIA

ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA INDÍGENA²⁹⁴

*Paula Barberi*²⁹⁵

1. Introducción

Si bien existe un avance en el reconocimiento nacional e internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, aún persisten numerosos obstáculos formales e informales para que las comunidades indígenas y sus miembros puedan ejercer sus derechos plenamente. Por consiguiente, esta situación también impacta en las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) indígenas por su pertenencia al sujeto colectivo, sumando así a las dificultades relacionadas con su pertenencia étnica, las propias en el acceso a la justicia de la infancia y adolescencia en general.

En ese contexto, el objetivo de este trabajo es ofrecer algunas reflexiones sobre los derechos de las NNyA indígenas, así como las dificultades para ejercerlos y pensar los desafíos para contar con un sistema de administración de justicia respetuoso de la diversidad cultural y de sus derechos.

De ese modo, inicialmente se brinda un repaso sobre los derechos específicos con los que cuentan las NNyA indígenas y una descripción sobre la situación de vulnerabilidad que atraviesa este colectivo en la Argentina.

A partir de allí, se desarrolla una sistematización y análisis de los obstáculos procesales, estructurales y culturales o simbólicos en el acceso a la justicia de los pueblos indígenas en general, y se realiza un

294 Este trabajo refleja los aspectos centrales de mi exposición en el Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia, celebrado en modalidad virtual los días 18 y 19 de mayo.

295 Abogada (UBA). Maestranda en Derechos Humanos y Políticas Públicas (Universidad Nacional de Lanús). Integrante del Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. Miembro de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI).

repasso de algunas propuestas para garantizar o promover un acceso a la justicia culturalmente adecuado de la niñez y adolescencia indígena.

2. Los derechos colectivos de las comunidades indígenas y los derechos de las NNA indígenas

a. Marco jurídico constitucional y derechos colectivos

En las últimas décadas los derechos humanos de los pueblos indígenas han sido reconocidos a nivel nacional e internacional; y con la reforma constitucional de 1994 se dio un cambio de paradigma en el vínculo entre el Estado y las comunidades indígenas al reconocer su preexistencia étnica y cultural (art. 75 inc. 17 de la CN). Este reconocimiento, además de implicar la aceptación de la existencia de pueblos y culturas en forma previa al Estado y otorgarles derechos específicos, trae a la luz la idea de que Argentina no está conformada por una única cultura homogénea. Algo que, a priori, parece una obviedad sin embargo es sustancial para comenzar a pensar un Estado respetuoso de la diversidad cultural y reparar tantos años de opresión, sometimiento y exclusión de las comunidades indígenas que habitan la Argentina.

El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Argentina también reconoce otros derechos: la identidad, el derecho a la educación bilingüe e intercultural, el derecho a una personería jurídica, a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras y el derecho a la participación en la gestión de los recursos naturales, entre otros.

Como señalé, además de la lucha de las organizaciones indígenas de todo el mundo, movimiento que ha sido central para lograr afianzar y ampliar sus derechos, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también se realizaron diversos avances. Específicamente, en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas los instrumentos principales son el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos indígenas y Tribales de la OIT (en adelante Convenio 169)²⁹⁶ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNPI) del año 2007. Asimismo, en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, en el año 2016 la Asamblea General de la OEA aprobó la Declaración Americana de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (DADH). A este marco jurídico específico se suman por supuesto los demás instrumentos

²⁹⁶ Ratificado por ley 24071 y depositado por nuestro país en Ginebra el día 4 de julio del año 2000.

internacionales de derechos humanos.

A continuación me referiré a algunos²⁹⁷ derechos colectivos de los pueblos indígenas que son centrales y a la vez permiten el ejercicio de sus otros derechos, es decir, representan la base de los derechos fundamentales de las comunidades y de las NNyA indígenas que las integran:

En primer lugar, me referiré al criterio de autoidentificación. El Convenio 169 expresa al respecto: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (art. 1.2). La incorporación de este criterio fue trascendente ya que existen numerosas realidades de comunidades y pueblos que difieren entre sí como para fijar un criterio único al momento de evaluar la correspondiente aplicación del Convenio.

La autoidentificación es un criterio político, limitativo del poder estatal y vinculado a la libre determinación.²⁹⁸ Se restringe así la posibilidad externa de decir quien es o no indígena; Salgado y Gomiz agregan “suponer que el ejercicio de los derechos indígenas debe depender exclusivamente de la aplicación de los mal llamados aspectos ‘objetivos’ es dar prioridad al poder de definición de los funcionarios del Estado”.²⁹⁹

En segundo lugar, el derecho a la libre determinación que se refiere a la posibilidad de decidir sus prioridades y se vincula con el derecho a la participación. El Convenio 169 de la OIT al respecto expresa: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (art. 7.1).³⁰⁰ Al día de hoy, este derecho aún se muestra

297 Debido a la extensión del presente trabajo solo hare referencias al articulado del Convenio 169 pero es debe tenerse presente que estos derechos están contenidos en todos los instrumentos internacionales mencionados previamente, así como en el art. 75 inc. 17 tal como se mencionó al inicio de este apartado.

298 Gomiz, Micaela y Salgado, Juan Manuel, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*. Ed. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. Año 2010, pág. 60.

299 Gomiz, Micaela y Salgado, Juan Manuel, *op. cit.*, pág. 61.

300 Por su parte, la DNPI se refiere a este derecho en los artículos 3, 4 y 23.

como una deuda pendiente, aunque progresivamente y gracias a los movimientos indígenas, se comienza a esbozar la idea de sociedades interculturales, respetuosas de la diversidad cultural, y a partir de esos movimientos –incluso del litigio en algunos casos– se han logrado ciertos avances y la consolidación de estándares internacionales.³⁰¹

Seguidamente, me referiré al derecho a la tierra y territorio comunitario indígena que es central para la vida de las comunidades. Al respecto, la Constitución Nacional expresa el reconocimiento de la “posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos” (art. 75 inc. 17). Asimismo, el derecho a la tierra y territorio es abordado en las diversas normas internacionales, todas ellas mencionadas con anterioridad: el Convenio 169 de la OIT, la DNPI, la Declaración Americana de Derechos Humanos de los Pueblos indígenas, entre otros. En su desarrollo se refieren a diversos aspectos de este derecho que reviste particularidades y se distingue del derecho de propiedad individual. La extensión del presente trabajo no permite desarrollar en profundidad el alcance y las características de este derecho así como toda la normativa específica, particularmente me referiré al Convenio 169 de la OIT:

a) el especial vínculo con la tierra: “(...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (art. 13.1). Además, el art. 13.2 ofrece la aclaración de que la utilización del término tierras deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera; b) derecho de propiedad y posesión: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. (...) Deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. (...) deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes” (art. 14. 1).

301 Para mayor información vinculada con el derecho de autodeterminación y su relación con el “desarrollo” puede verse: OIT. Los derechos de los Pueblos Indígenas en la práctica. Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT. 2009, pág. 116 en adelante.

c) Determinar y reivindicar territorios: “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus territorios de propiedad y posesión” (art. 14.2) y “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (14.3 del Convenio 169 de la OIT).

En relación a este derecho no puedo dejar de mencionar que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) condenó al Estado Argentino en el caso “Comunidad Indígena miembros de la Asoc. Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina” donde les reconoció el derecho a la propiedad ancestral y a la obtención de un título único. Asimismo, entendió que el Estado violó sus derechos al no garantizar derecho a propiedad, no otorgar título real, no consultar a las comunidades cuando realizó modificaciones en el territorio. La Corte IDH agregó medidas sobre cuestiones vinculadas a la alimentación, el agua, y al ambiente sano.³⁰²

Por último, me referiré a la obligación estatal de garantizar el derecho a la consulta y participación, otro principio central de los derechos humanos de los pueblos indígenas, que establece que los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art. 6.1.a). Asimismo, agrega que la consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6.2 del Convenio).

Los derechos hasta aquí enunciados son derechos colectivos que se ejercen comunitariamente y son centrales para el desarrollo y la supervivencia de las comunidades. A la vez, por supuesto, también son derechos que deben ser gozados por las NNyA que integran dichos colectivos.

b. Derechos específicos de la niñez y la adolescencia indígena

Para pensar el marco jurídico aplicable a la infancia y adolescencia indígena, debemos integrar los derechos y estándares con-

302 Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, sentencia del 6 de febrero del 2020.

solidados tanto por aplicación de la CDN, junto con el Convenio 169 de la OIT, la DNPI y la DADH. Especialmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 30 de la CDN expresa una obligación que complementa al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es el deber de promover y proteger el derecho de las NNyA indígenas a vivir conforme su propia cultura, religión e idioma.

Frente a este marco jurídico de protección los Estados deben actuar como garantes de protección de las NNyA indígenas y adoptar las medidas necesarias considerando las necesidades y realidades de la infancia indígena.

La Corte IDH a través de su jurisprudencia y los criterios allí sostenidos ha elaborado estándares jurídicos en la materia que dan cuenta de la existencia de un sistema de protección especializada reforzada³⁰³ en consideración a su particular condición de vulnerabilidad e identidad cultural. En ese sistema, los principios de identidad cultural y no discriminación son centrales para garantizar los derechos de humanos de la infancia y adolescencia indígena y las comunidades a las que pertenecen. Además de los instrumentos mencionados anteriormente se suma la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27).

Dichos instrumentos mencionan expresamente a las NNyA indígenas en diversos artículos, reconociendo así que tienen derechos específicos a la educación sin discriminación y en su propia lengua / intercultural bilingüe (art.14 DNPI, art. 28 del Convenio 169 de la OIT y art. 15 Declaración Americana), a participar plenamente en la vida de su propia comunidad y en la sociedad en general, a no ser trasladados o alejados de su comunidad a otra (art. 7 de la DNPI), a la protección para no realizar actividades perjudiciales que afecten su desarrollo físico, mental o espiritual (art. 17.2, de la DNPI y 27 art. Declaración Americana), a la adopción de medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales (art. 21 DNPI), a la adopción de medidas para erradicar violencia y discriminación sobre todo de niñas y niños indígenas, (art. 7, Declaración Americana), entre otros.

Por su parte, la CDN al referirse a los medios de comunicación,

303 Valenzuela Reyes, Mylene. “Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Chile. Volumen 23, N°2, 2014, pág 213.

indica que los Estados alentarán a los medios de comunicación a que tengan en cuenta las necesidades lingüísticas de la niñez indígena (art. 17); a la vez establece: “la educación del niño deberá estar encaminada (...) a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, religiosos y personas de origen indígena” (art. 29); por último, señala que en los Estados donde haya personas indígenas no se les negará “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma” (art. 30). Este último artículo, como indiqué anteriormente va en la misma línea del art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Todo lo anterior, da cuenta de que debe garantizarse la integridad cultural de las niñas, niños y adolescentes indígenas en razón de su identidad indígena y pertenencia étnica, para eso es fundamental prevenir y sancionar cualquier tipo de discriminación hacia este colectivo.³⁰⁴

El Comité de los Derechos del Niño –órgano de contralor de cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño en la Observación General N°11³⁰⁵ aborda en forma específica y excluyente a la infancia y adolescencia indígena.³⁰⁶ El documento plasma los principios generales que deben tenerse en cuenta para el efectivo goce de derechos de las NNYA indígenas y menciona: el principio de no discriminación, protección, interés superior del niño/a, respeto por sus opiniones y derecho a ser oída/o y participar en las decisiones que los afecten, derecho a determinar la identidad cultural, a no sufrir asimilación forzada y destrucción de la cultura, derecho a la identidad, a la salud, entre otros. Así, la Observación mencionada sirve de guía para que los Estados –a través de los distintos poderes– cumplan con estos principios cada vez que realicen actos que afecten directa o indirectamente a las NNYA indígenas.

A la vez, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos

304 De ese modo, tratándose se NNYA indígenas se deben tener en cuenta particularmente el principio de no discriminación (art. 2 del CDN, 3 del Convenio 169 y 2 de la Dec. Nac Unidas), y los derechos de consulta y participación (art. 6 Convenio 169 y 17 al 19 y 38 DNPI).

305 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

306 El Comité también se refiere a los derechos de las NNYA indígenas en otras Observaciones Generales N°4 (párr.13), 7 (párr. 24), 9 (párr. 7 y 80), 10 (párr. 6 y 97), 12 (párr. 87), 13 (párr. 43 y párr. 72), 14 (párr. 23), 16 (párr. 19, 21, 23, 31), 20 (párr. 35 y 70), 24 (párr. 102, 104 y 112).

Humanos (SIDH) la Corte IDH intervino en diversos casos³⁰⁷ en los que se refirió a los derechos de las NNyA indígenas, así como también los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los estándares de derechos humanos de NNyA en general.

La Dra. Valenzuela Reyes³⁰⁸ analiza e interrelaciona los principios de la CDN con los derechos de la niñez y adolescencia indígena, en la misma línea que los señalados por la OG N° 11:

a) *Personalidad jurídica*: Además de inscribir el nacimiento en un registro (cfr. Art. 7 CDN) se referir al derecho de contar con una nacionalidad, un nombre y al resguardo de las relaciones familiares; en el caso de las NNyA indígenas, también incluye el derecho a la identidad cultural (cfr. Art. 30 CDN) y de acuerdo con el art. 1 del Convenio 169 de la OIT y 9 de la DNPI. En el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*³⁰⁹, se relatan hechos que aún persisten en diversos países en relación con la falta de inscripción de nacimientos de NNyA indígenas.³¹⁰ b) *Interés superior del niño o niña*: En relación a la aplicación de este principio, la Corte IDH en diferentes casos sobre niñez indígena se refirió a los conceptos desarrollados por el Comité sobre Derechos del Niño. Así, sostuvo “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención

307 Algunos de los casos que pueden mencionarse: 1993 Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*; 2004 Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*; 2005: Caso de la Comunidad *Moiwana vs. Surinam*; Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; 2006: Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*; Caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*; 2007: Caso del Pueblo *Saramaka vs. Suriname*; 2008 Caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*; 2010: Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*; Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*; 2012: Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* y Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, entre otros tantos.

308 La Dra. Valenzuela Reyes ha actuado como consultora de organismos internacionales y elaborado diversos informes sobre la temática de los derechos humanos de la niñez indígena en el ámbito internacional.

309 Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, ver párr. 191.

310 En Argentina persiste esta problemática y sería importante la adopción de medidas específicas. Un ejemplo positivo fue el Decreto N°278/2011 (que ya no se encuentra vigente aunque fue prorrogado en dos oportunidades) por medio del cual se estableció –por un año– un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de recién nacidos y niñas hasta 12 años, la excepción incluía a personas mayores de edad que acreditaran la pertenencia a pueblos indígenas.

cuando el caso se refiera a menores de edad”.³¹¹ c) *Principio de no discriminación*: Este principio debe interpretarse vinculando el art. 1 de la CADH junto con el 2 de la CDN y el 3 del convenio 169 y 2 de la DNUPI. En ese mismo sentido, la Corte IDH en diversos casos de comunidades indígenas se refirió al deber de los Estados de tener en cuenta “su situación de especial vulnerabilidad, sus características económicas, sociales, sus formas de vida propia, valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario”.³¹² d) *Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo*: Este derecho, debe incluir también el derecho a su identidad cultural y a vivir conforme sus pautas culturales, principalmente conforme sus prácticas relacionadas con el hábitat. La Corte IDH se refirió al desarrollo pleno de la niñez indígena en el caso “Chitay Nech vs. Guatemala”, para el cual se requiere “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”.³¹³ En el caso Sawhoyamaxa también, se asocia el derecho a la vida con el derecho a la identidad cultural y que a la vez se vincula con el hábitat y las tierras ancestrales. e) *Derecho a ser oído/a y a expresar su opinión*: En el caso de NNyA indígenas, lo establecido en la CDN y en la OG 12 deberán interpretarse de conformidad a los derechos de participación y consulta consagrados en el Convenio 169 de la OIT (artículo 6) y de la Declaración de Naciones Unidas de 2007 (artículos 17, 19, 38). Es decir que se debe garantizar la representación de NNyA indígenas de acuerdo con las pautas establecidas en el Convenio 169 y la DNPI. Por medio de los mecanismos o pautas que correspondan. f) *Identidad cultural*: La Corte IDH reitera en diversos casos que las NNyA indígenas tienen una identidad distintiva que los vincula con su cultura, idioma y religión. El reconocimiento de tradiciones y valores colectivos de las culturas indígenas es cimiento de un Estado culturalmente diverso.³¹⁴

En el caso Masacres de Rio Negro vs. Guatemala se destacó al territorio como elemento central de identidad cultural de las NNyA indígenas y que al verse afectado, “la comunidad sufrió destrucción de su estructura social (...) situación que afectó principalmente a

311 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 257.

312 Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, año 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 184, y otros.

313 Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2010, párr. 169.

314 Valenzuela Reyes, *op. cit.*, pág. 230.

los niños, influyendo en las formas de traspaso transgeneracional de la cultura”.³¹⁵ En virtud de lo anterior, tal como sostiene Valenzuela Reyes “los Estados tienen la obligación de entregar una protección especial a los niños y niñas indígenas en razón de sus necesidades distintas derivadas de su pertenencia étnica, y mayor vulnerabilidad, especialmente de aquellos que viven en comunidades pobres, aisladas o que han sido despojados de sus territorios”.³¹⁶ En ese mismo sentido, el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, al que me referí al inicio de este artículo, se vincula directamente con el derecho a la igualdad y a la diversidad.

Todos estos derechos contenidos en instrumentos internacionales con jerarquía supralegal y constitucional en algunos casos, trae nuevamente la idea inicial de que, a pesar del avance normativo sobre derechos de los pueblos indígenas y los de la infancia, en el que se reconoce la preexistencia étnica y cultural de estos pueblos y un amplio abanico de derechos, junto al reconocimiento de las NNyA como sujetos plenos de derechos, sus facultades más elementales aún no son garantizadas. De ese modo, frente a las vulneraciones de derechos –ya sea por actos u omisiones estatales o particulares, por falta o inadecuadas políticas públicas, etc.– el Sistema de Administración de Justicia debe garantizar una tutela judicial efectiva, a través de un servicio adecuado culturalmente.

3. La situación de las niñas, niños y adolescentes indígenas en la Argentina

La desigualdad socioeconómica es otro factor que debe considerarse al analizar los obstáculos o barreras en el acceso a la justicia de las NNyA indígenas, “en América Latina, la diferencia entre las tasas de pobreza de los pueblos indígenas y de los no indígenas se mantiene invariable, sigue ampliándose en detrimento de los pueblos indígenas, lo que agudiza la desigualdad”.³¹⁷ Del mismo modo, las comunidades indígenas que habitan Argentina se encuentran en condición de pobreza en la gran mayoría de los casos.

La pobreza como tal es un concepto complejo y multifactorial

315 Corte IDH, Caso Masacres del Río Negro vs. Guatemala, sentencia del 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 87.

316 Valenzuela Reyes, *op. cit.*, pág. 233.

317 CEPAL. 2014. *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Impreso en Chile: Naciones Unidas.

y actualmente desde un enfoque de derechos humanos se analiza desde una mirada múltiple o multidimensional. Desde el enfoque de derechos humanos “la pobreza se entiende como la falta de cumplimiento de ciertas libertades fundamentales; se asume que hay una relación directa entre la falta de realización de estas y la pobreza, que puede verificarse cuando: (a) los derechos incumplidos se relacionan con capacidades consideradas básicas para la dignidad humana en la sociedad y (b) la falta de recursos económicos incide directamente en el no cumplimiento de los mismos”.³¹⁸ Este enfoque, en el caso de las NNyA indígenas como miembros de esas comunidades indígenas, deberá considerar particularmente el nivel de su bienestar y goce de derechos básicos. Así, el concepto multidimensional de la pobreza que refleja la naturaleza individual e interdependiente de todos los derechos humanos”.³¹⁹ La pobreza entonces no solo se refiere a cuestiones de ingreso económico, sino que incluye otros factores que amplían el concepto, como una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social.³²⁰

En un artículo reciente sobre desigualdad socioeconómica y acceso a la justicia de los pueblos indígenas, que elaboramos con el equipo del Programa sobre Diversidad Cultural, señalamos que “este enfoque de la pobreza desde la perspectiva de derechos humanos exige también, respecto de las personas y comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas, considerar la dimensión de la diversidad cultural, la discriminación por razones étnicas y la necesidad de un acceso a la justicia culturalmente adecuado”.³²¹ Asimismo, sostuvimos que “en las personas que viven en situación de pobreza, a menudo se presenta una discriminación que puede denominarse “combinada o intersectorial”, ya que encuentra motivos, entre otros, en el origen étnico, las prácticas culturales, el idioma y otros vinculados a la diversidad cultural. Esto se profundiza en las niñas y los niños indígenas y las mujeres indígenas”.³²² Este escenario de vulnerabilidad

318 CEPAL y UNICEF, Pobreza Infantil de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes en América Latina, año 2012, pág. 15.

319 Comité DESC, Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/2001/10 10 de mayo de 2001, 2001, párr. 8.

320 Comité DESC, *op. cit.*, 2001, párr. 7.

321 Azzali, Javier; Barberi, Paula y Carlotto, Bárbara. “Desigualdad socioeconómica y Acceso a justicia de los pueblos indígenas” en Revista del Ministerio Público de la Defensa, N°14, año 2019, págs. 175 a 189. Disponible en www.mpd.gov.ar

322 Azzali, Barberi y Carlotto, *op. cit.*, pág. 179.

socioeconómica incrementa la distancia entre el reconocimiento de derechos y la posibilidad de ejercerlos plenamente.

Luego de años de opresión, exclusión y maltrato en el vínculo entre el Estado y las poblaciones indígenas, a través de distintos modelos de colonización, continúa la deuda socioeconómica con las comunidades originarias. Solo para visibilizar esta situación me referiré a algunas situaciones que dan cuenta de la persistencia de esta realidad a lo largo del tiempo.

En primer lugar, el caso emblemático iniciado en el año 2007 por la Defensoría del Pueblo de la Nación con motivo de la situación de desnutrición y falta de acceso a la salud de numerosas comunidades indígenas en la provincia de Chaco. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y convocó a una audiencia e hizo lugar a la medida cautelar solicitada, interpretando que: [...] le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (cons. 3^o)³²³

Lamentablemente, las comunidades indígenas –sobre todo del norte de la Argentina y del chaco-salteño continúan siendo noticia por situaciones de vulnerabilidad y condiciones extremas de pobreza.³²⁴ Esta situación más allá de las políticas públicas de las diversas gestiones gubernamentales, da cuenta de un problema de fondo vinculado con los modelos de desarrollo económicos y una discriminación estructural e histórica que se mantiene.³²⁵

323 CSJN, Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro (provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, resolución del día 18 de septiembre de 2007. Disponible en el sitio: www.csjn.gov.ar

324 Sin ir más lejos, a fin del año 2019 y comienzos del año 2020 los medios de comunicación informaban la muerte de niñas y niños indígenas de la provincia de Salta a causa de falta de agua y desnutrición. Para más información ver: https://www.clarin.com/sociedad/justicia-salta-investiga-muerte-25-ninos-wichis-enero-febrero_0_BfSKzxsNN.html, <https://www.pagina12.com.ar/250849-la-tragedia-de-les-nines-wichi>; <https://www.pagina12.com.ar/246911-tras-la-muerte-de-otro-nino-wichi-el-inai-advirtio-sobre-la->

325 Otras noticias sobre discriminación estructural: <https://www.pagina12.com.ar/257209-nos-han-condenado-a-vivir-en-el-olvido>; <https://www.telam.com.ar/notas/202002/432024-afirman-que-el-desmante-es-una-de-las-principales-causas-de-la-desnutricion-de-los-wichi.html>

Otro registro de la vulnerabilidad en la que se encuentran las comunidades indígenas, se dio cuando en el año 2011 el entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, visitó la Argentina y recorrió diversas comunidades indígenas del pueblo *kolla*, *qom* y *mapuche* en distintas provincias. En el informe menciona entre sus preocupaciones los casos de contaminación el caso del pueblo Abra Pampa, provincia de Jujuy, en el que se generaron desechos tóxicos y contaminación con plomo a partir de la planta Metal Huasi hace más de 30 años. “En los años 2009 y 2011, el gobierno provincial realizó acciones de traslado y limpieza del área de la anterior planta, lo que el Relator Especial reconoce como un avance positivo, pero todavía existen preocupaciones de que no se hayan tomado medidas adecuadas para atender los problemas de salud de la población, especialmente de los niños”.³²⁶ A la vez, afirmó que “Las mujeres y niñas indígenas confrontan retos particulares en relación con el acceso a la educación. Frecuentemente, las niñas carecen de la oportunidad de estudiar, ya que suelen abandonar sus estudios por obligaciones familiares o porque las familias indígenas dan preferencia a los niños. El Ministerio de Salud ha concluido que las mujeres indígenas sufren peores niveles de educación tanto en comparación con hombres indígenas como en comparación con mujeres no indígenas”.³²⁷

Recientemente, en abril de 2018 el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA)³²⁸ elaboró un informe dirigido al CDN sobre la situación de las NNyA indígenas que también refleja la vulneración de sus derechos tanto colectivos como individuales. Allí, señalan la importancia de tener en cuenta la pertenencia a un pueblo indígena de las NNyA como un enfoque que permite demostrar las diferentes barreras que potencian las desigualdades en estos casos. El informe muestra diversos aspectos de la situación de vulnerabilidad y mencionan algunas como “la falta de acceso a la tierra/territorio y al agua o al control de los recursos naturales, medios indispensables para la realización de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y el ejercicio de sus identidades y culturas tradicionales, impacta desfavorablemente en toda la población indígena, pero repercute en

326 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, James Anaya, 4 de julio de 2012 A/HRC/21/47/Add.2 (párr. 61)

327 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, op. cit, párr. 66.

328 Organización con alcance nacional que cuenta con larga trayectoria en la promoción de derechos de los pueblos indígenas y acompañamiento en los reclamos comunitarios.

mayor medida y con más crudeza en los niños, niñas y adolescentes indígenas”.³²⁹

El informe también se refiere a la situación de la implementación de la Educación Intercultural Bilingüe³³⁰, e indica que la educación formal no se da en pie de igualdad, de acuerdo con el último censo, el analfabetismo a nivel país ronda el 2,4%, ascendiendo en comunidades indígenas a 3,4% y en zonas más vulnerables llega al 6%.³³¹ De acuerdo con el relevamiento de ENDEPA, la EIB ha sido implementada de modo diverso dependiendo de la voluntad y compromiso de las instituciones educativas.³³²

Al respecto, en la visita mencionada el ex Relator ya había destacado “que entre ciertos grupos indígenas, como los pueblos *mbyá guaraní, pilagá, toba, mocoví y wichí*, el nivel de asistencia a la escuela para estas edades es mucho menor y, en general, los pueblos indígenas tienden a no terminar los niveles obligatorios de la escuela (hasta la secundaria) y, mucho menos, los niveles universitarios”.³³³

Otra cuestión que es central y requiere especial atención es la situación de vulnerabilidad de las niñas y adolescentes indígenas. En el informe de ENDEPA también se destaca que de las entrevistas realizadas surge la preocupación por situaciones de abuso y violencia, así destacan que “en zonas de alta presencia indígena, existen una fuerte discriminación y un trato sumamente violento, (...) deben extremar cuidados al ingresar y egresar de su comunidad”. Asimismo, relatan un caso aberrante de una niña de 12 años, perteneciente al pueblo wichi, con una discapacidad mental que fue violentada sexualmente por ocho varones “criollos”, en el año 2015³³⁴. Por este

329 Equipo Nacional de la Pastoral Aborigen (ENDEPA), Informe para el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Situación de los niños, niñas y adolescentes indígenas en Argentina, pág. 3, 15 de abril de 2018.

330 Como había mencionado previamente, la EIB está reconocida tanto constitucionalmente como en la Ley 26206 y en el art. 16 de la Ley 23302.

331 ENDEPA, *op. cit.*, pág. 15.

332 De acuerdo con el informe de ENDEPA, en algunas provincias se observan algunos avances, como en el Chaco, Formosa y ahora Santa Fe, especialmente en el aspecto legal. En las demás, solo existe alguna Resolución de reconocimiento del Consejo General de Educación, como es en el caso de Misiones, pág. 16.

333 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, James Anaya, *op. Cit.*, párr. 61, pág. 14.

334 Al gravísimo cuadro se sumó que no logró la implementación de la Interrupción Legal del Embarazo, debió cursar el embarazo hasta el séptimo mes en el que parió un feto anencefálico.

caso, en 2019 se condenó a los responsables a 17 años de prisión. Estas violaciones y abusos sexuales contra jóvenes indígenas –se conocen como “chineo”– representan una forma de violencia grave, colonial y machista invisibilizada pero que aún persiste en algunas zonas.³³⁵

Recordemos que Argentina ha sido condenada por el caso conocido como LNP por el Comité de Derechos Humanos –órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– que en dictaminó en el año 2011, por un hecho ocurrido en el año 2003 en la provincia de Chaco, en el que una niña *qom* fue violada el día que cumplía 15 años por 3 jóvenes no indígenas entre 17 y 20 años. El Comité en su dictamen, entre otras cuestiones, considero se violó el art. 29 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que existió discriminación basada en la condición de niña y por la etnicidad de la víctima; se violó el art. 24 del PICP por el maltrato recibido de parte del personal judicial, policial y medico al no adoptar medidas de protección tratándose de una persona menor de edad; no contó con información para constituirse como querelante ni pudo contar con un intérprete lingüístico, (violación art. 14 parr.1) existió injerencia arbitraria en su vida privada pro las preguntas de los profesionales que intervinieron en el caso, entre otras tantas graves circunstancias.³³⁶

Por último y para no dejar de referirme a la cuestión de infancia indígena-género y prácticas culturales, también es oportuno señalar que la Observación General 11 es clara y al respecto expresa que las “prácticas culturales a que se refiere el artículo 30 de la Convención han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud del desarrollo del niño”.³³⁷

La ex Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en uno de sus informes al referirse a

335 Para mayor información, recomiendo la lectura de las siguientes notas periodísticas que a pesar de tener más de 8 años, siguen vigentes: <https://www.pagina12.com.ar/251823-la-violacion-a-les-nines-indigenas-es-criminal> y <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-7611-2012-11-02.html> y http://www.diariopuntouno.com.ar/dp1_a/index.php/sociedad/item/31138-17-a%C3%B1os-de-prisi%C3%B3n-para-los-culpables-de-%E2%80%98chineo%E2%80%99. (última fecha de consulta 15/6/20) Al momento del cierre de este artículo un nueva noticia periodística relata otro hecho similar: <https://www.pagina12.com.ar/272083-una-adolescente-wichi-fue-violada-por-cuatro-varones-criollo>

336 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Dictamen -Comunicación N°1610/2007, del 16 de agosto de 2011, CCPR/C/102/D/1610/2007.

337 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°11, *op. cit.*, párr. 22.

los derechos de las mujeres y las niñas indígenas, señaló que “resulta vital considerar las experiencias históricas únicas que han vivido las comunidades indígenas” y su “fuerte elemento intergeneracional (...) que incluyen violaciones del derecho a la libre determinación que han sido y son endémicas, agresiones graves y sostenidas a su integridad cultural y prácticas que privan a los pueblos indígenas de autonomía sobre la tierra y los recursos naturales”.³³⁸

Por todo lo expuesto, es fundamental que en distintos ámbitos institucionales, que pueden representar los primeros espacios de contacto con el Estado para una niña o joven indígena víctima de abuso, se tenga en especial en cuenta su condición étnica al momento de llevar a cabo las diligencias que correspondan según sus competencias.

El principio de no discriminación se presenta una y otra vez vulnerado, especialmente en el caso de niñas y jóvenes indígenas, en el informe sobre Mujeres Indígenas la CIDH sostuvo que este derecho “tiende a verse obstaculizado por barreras geográficas, económicas, culturales y lingüísticas estrechamente relacionadas con la intersección de las múltiples formas de discriminación que sufren”³³⁹. Si bien es cierto que los pueblos indígenas en general sufren situaciones de discriminación, y hemos sostenido que “representan una minoría en términos numéricos y son relegados a un lugar subordinado en la producción simbólica y material de la sociedad. En todos los casos, esta desventaja se agrava por la condición étnica, y en el caso de mujeres, niñas y adolescentes indígenas opera la interseccionalidad, generando un cuadro de discriminación estructural, resultado de procesos de dominación y segregación históricos”.³⁴⁰

Todo lo mencionado en este apartado da cuenta de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las NNyA indígenas y de la importancia de la implementación de políticas públicas específicas para garantizar sus derechos. Ahora bien, ante el escenario descrito el Sistema de Administración de Justicia debe prestar especial atención para evitar profundizar aún más la vulneración de derechos y ofrecer un servicio de justicia adecuado culturalmente, esto implica –entre otras cuestiones– que se reconozca la aplicabilidad de los derechos indígenas por los sujetos involucrados en el caso

338 Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, 6 de agosto de 2015, A/HRC/30/41, párr. 12.

339 CIDH, Mujeres Indígenas, Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, abril de 2017, OEA/Ser.L/V/II, párr. 133, pág. 95.

340 Azzali, Barberi y Carlotto, *op. cit.*, pág. 176.

y que los tenga en cuenta al momento de tomar decisiones a lo largo de todo el proceso, no solo al dictar sentencia. En el punto siguiente se analizarán cuáles son los obstáculos en el acceso a la justicia que encuentran las comunidades y las NNyA indígenas al momento de pretender el ejercicio de sus derechos o cuando se encuentran involucrados en algún proceso judicial que pudiera afectarles.

4. El acceso a la justicia de los pueblos indígenas

El acceso a la justicia puede analizarse desde diferentes enfoques y variables, a continuación me referiré a algunas definiciones orientadas al objetivo de este trabajo.

Según el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el acceso a la justicia no puede examinarse de manera aislada respecto de otras cuestiones relativas a los derechos humanos, como la discriminación estructural, la pobreza, la falta de acceso a la salud y la educación; y el hecho de que no se reconozcan los derechos a la cultura y a las tierras, los territorios y los recursos. (ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2013). Asimismo, las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de Grupos en Condición de Vulnerabilidad interpretan el acceso a la justicia como “el acceso al goce pacífico y pleno de los derechos, y en especial, de los derechos fundamentales, así como a las diversas alternativas para la resolución pacífica de los conflictos.”³⁴¹

Los pueblos indígenas no son los únicos que encuentran obstáculos en el acceso a la justicia, las Reglas de Brasilia reconocen esta situación y, entre los diversos “grupos” también sugiere o adopta medidas para garantizar un mejor acceso a la justicia de pueblos indígenas y las NNyA.

Asimismo, la Comisión IDH incluye a los pueblos indígenas dentro de los grupos que frecuentemente encuentran barreras adicionales para acceder a la justicia y agrega que si se considera también la falta de recursos económicos, esas barreras configuran una doble discriminación que les impide acceder a remedios judiciales efectivos contra la discriminación o las violaciones de los derechos humanos de que son víctimas.³⁴²

341 Declaración de Brasilia formulada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 párr. 9 “Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables”, pág. 44.

342 CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Estudio de estándares fijados por el sistema interamericano, 7 de septiembre de

Teniendo en cuenta esto, a continuación nos acercaremos a algunas de las problemáticas que encuentran las comunidades indígenas para acceder a la justicia, para lo cual me referiré a un estudio³⁴³ elaborado por el Ministerio Público de la Defensa de la Nación denominado “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”³⁴⁴, ya que –a pesar de tener una década– la sistematización y diagnóstico sobre obstáculos en el acceso a la justicia allí realizada, aún se encuentra vigente en la gran mayoría de sus aspectos. El material relevado de los relatos y experiencias de procesos judiciales permitió realizar una sistematización de obstáculos o barreras en el acceso a la justicia, si bien se encuentran interrelacionados en su totalidad.

Así, se definieron entonces distintas categorías que podrían resumirse en: a) *Obstáculos procesales*: inexistencia de procesos especializados, dificultad de cumplimiento de plazos procesales, complejidad de los conflictos planteados, dificultad para ejecución de sentencias, ausencia o insuficiencia en el ámbito judicial de peritos especializados en la temática, extensa duración de los procesos judiciales –incluso medidas cautelares y amparos–, falta o insuficiencia de intérpretes o traductores lingüísticos e en el poder judicial, la falta de aplicación del derecho indígena, entre otros. b) *Obstáculos estructurales*: falta de descentralización y distancia geográfica de los juzgados/defensorías, dificultades socioeconómicas para el traslado y acceso, falta de tribunales especializados. c) *Obstáculos culturales o simbólicos*: desconfianza en la administración de justicia y experiencias de discriminación, falta de comprensión mutua de las instituciones indígenas y las instituciones estatales.

Por supuesto, los obstáculos mencionados están relacionados entre sí y en muchos casos son interdependientes.

5. Acceso a la justicia de la niñez y adolescencia indígena

La situación en materia de acceso a la justicia de los pueblos indígenas a nivel general, sirve de marco y aplica a las NNYA indígenas como integrantes de dicho colectivo, pero para aproximarnos

2007, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, párr. 86.

343 Se trató de un trabajo en el que participaron abogadas/os particulares de comunidades indígenas, defensoras/es públicos/as federales y provinciales, organismos públicos (como INADI, Secretaria de Derechos Humanos, Defensor del Pueblo de la Nación) y referentes indígenas.

344 Disponible en www.mpd.gov.ar (publicaciones).

específicamente a la problemática de esta población en materia de acceso a la justicia debemos sumar otras cuestiones al análisis.

Principalmente, debemos señalar que el sistema de protección reforzada mencionado al inicio de este artículo, también debe regir en materia de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Así, “la protección especial que gozan los niños y niñas se debe reflejar en los procedimientos administrativos y judiciales en “los que se resuelva sobre sus derechos, lo cual implica una protección más rigurosa del artículo 8 y 25 de la Convención [Americana]”.³⁴⁵ Para eso el Estado debe adoptar las medidas administrativas y legislativas necesarias para dar efectividad a los derechos de los niños.

Además de lo señalado en la OG 5 del Comité de Derechos del Niño, que se refiere a medidas generales de aplicación de la CDN, en materia de acceso a la justicia se deben considerar las recomendaciones de la Observación General 12³⁴⁶ del Comité, sobre el derecho de las NNyA a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales como derecho de cada NNyA³⁴⁷. La OG 12 señala, entre otras cuestiones, que los Estados deben realizar “un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario”(OG 12, párr. 21). Asimismo, esa OG contempla la dimensión colectiva de la niñez, “el Comité siempre ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no solo para niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en general, que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad”.³⁴⁸

En materia de acceso a la justicia las NNyA indígenas encuentran dificultades que requieren una especial atención. Si bien el escenario de obstáculos es similar para las comunidades, a esas barreras se suman otras vinculadas específicamente a su edad y a su rol dentro de las comunidades, sobre todo en el caso de adolescentes y jóvenes.

Así, para dar cumplimiento a los principios mencionados an-

345 Valenzuela Reyes, *op. cit.*, pág. 234.

346 Comité de los Derechos del Niño (2009) Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 de 20 de julio, Ginebra.

347 Comité de los Derechos del Niño (2009) Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 de 20 de julio, Ginebra.

348 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°12, *op cit.*, párr. 87.

teriormente, considero que desde el Sistema de Administración de Justicia debe trabajarse para garantizar un “acceso a la justicia culturalmente adecuado”, concepto que –en palabras del Dr. Moreira– adelanta dos cuestiones: la coexistencia de culturas diferentes y la propuesta de adecuación de un sistema de control social hegemónico que debe corregir sus dispositivos monoculturales.³⁴⁹

Desde el Ministerio Público de la Defensa se trabajó en conjunto con UNICEF en un proyecto sobre acceso a la justicia de la niñez indígena. En el marco de dicho trabajo se llevaron a cabo talleres con integrantes de la defensa pública provincial y federal –de la región Noreste y Noroeste del país– que actúan como defensores/as o asesores/as de personas menores de edad. A partir de dichos intercambios, se elaboró la publicación “Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Indígenas. Criterios para una defensa técnica adecuada”³⁵⁰, donde se desarrollan algunos conceptos ideas y principios sobre el acceso a la justicia de la niñez indígena.

Allí, se pensaron algunas ideas o criterios –a modo de sugerencias– para que sean tenidas en consideración por los diferentes actores que intervienen en procesos judiciales que involucran NNyA.

A continuación retomo algunas de ellas que considero relevantes para la temática que estamos analizando e incorporo otras propias: a) Identificación cultural: Parece una obviedad pero si no se conoce la identidad indígena de la NNyA indígena a quien se está asistiendo jurídicamente (desde cualquier rol del Sistema de Administración de Justicia) no se garantizarán ninguno de sus derechos específicos. B) En muchos casos, especialmente cuando se trata de comunidades o familias indígenas urbanas, la pertenencia étnica no surge de modo inicial en el encuentro o diálogo con los actores del sistema judicial. Por ese motivo, debe prestarse especial atención a realizar actos o diligencias para conocer desde el inicio o con la mayor antelación posible la autopercepción étnica. C) Evaluación del cumplimiento del Principio de no discriminación: Tal como señalé al inicio, la desconfianza en el sistema judicial tiene como base experiencias negativas anteriores, que en muchos casos ni siquiera fueron reconocidas como violatorias de sus derechos. Por ese motivo, es fundamental “prestar especial atención a la posibilidad de que hayan ocurridos actos discriminatorios a la condición étnica por parte de

349 Moreira, Manuel. “La constitución y el derecho de los pueblos originarios: el acceso a la justicia culturalmente adecuado”, en *Derecho Constitucional Indígena* (Julio García, Coord.), segunda edición, Resistencia, Contexto, 2012, pág. 273.

350 Publicación del año 2012, disponible en www.mpd.gov.ar

organismos públicos o privados, así como la posible existencia de un contexto general discriminatorio en el que se desarrolle la vida de la comunidad”.³⁵¹ D) Representación de las NNyA indígenas: Otra cuestión central es garantizar la intervención de la defensa pública o asesoría según el caso para la correspondiente representación de las NNyA indígenas “con el fin de la protección integral de sus derechos y del reconocimiento de las NNyA indígenas como sujetos plenos de derechos”.³⁵² Asimismo, en cada caso deberá evaluarse las acciones o presentaciones correspondientes para la protección del interés superior de dichos NNyA. E) Para el cumplimiento a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas sobre respeto por las autoridades comunitarias y los modos de adoptar decisiones, en el caso particular de adolescentes y jóvenes, debe relevarse información sobre el modo en que la comunidad se organiza. En muchos casos, existen por ejemplo, Consejos de jóvenes (puede denominarse de diversos modos) que conforman un espacio colectivo de debate y aporta su opinión al resto de la comunidad. En caso de que exista, puede pensarse que sería oportuno o conveniente conocer su mirada sobre el caso que se encuentre en trámite. El modo en que se realizará en el marco del proceso judicial será un desafío ya que rompe con los modos tradicionales de actuación y trámite judicial. Sin embargo, considero que es valioso empezar a indagar y promover nuevas estrategias jurídicas respetuosas de la diversidad cultural. F) Traductores e intérpretes: Otra cuestión central para garantizar el acceso a la justicia culturalmente adecuado de las NNyA indígenas es incorporar en el proceso judicial la figura del traductor o intérprete lingüístico. Es central que puedan expresarse en su propia lengua, sobre todo en aquellos casos en los que a pesar de hablar el idioma español se observa la falta de dominio o comprensión real del idioma español. No se trata simplemente de poder expresarse con palabras o responder en una entrevista o audiencia, sino que es fundamental la comprensión del proceso, de las cuestiones que se encuentran en discusión. En algunas localidades existe la figura de “facilitadores culturales” que no se ocupan de la traducción de palabras sino que ofrecen una explicación adecuada culturalmente sobre el proceso o trámite judicial, que como es sabido, utiliza palabras técnicas y complejas que incluso son difíciles de comprender para cualquier persona que no está formada en derecho. G) Peritajes

351 MPD – UNICEF, Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes Indígenas. Criterios para una defensa técnica adecuada, año 2012, pág. 69.

352 MPD – UNICEF, *op. cit.*, pág. 69.

culturales: Otra cuestión central para garantizar el acceso a la justicia culturalmente adecuado es la incorporación de pericias o informes culturales (históricos, antropológicos, etc.) ya que ofrecen información central para garantizar derechos de las NNyA indígenas. Así, se sugiere “en aquellas causas en las que resulte necesario demostrar la condición de indígena (...) o bien sea relevante la ponderación de valores o bienes jurídicos de la etnia a la que pertenecen, o sus prácticas tradicionales (...) deben solicitarse peritajes culturales”.³⁵³ En muchos casos, es necesario demostrar la identidad, el tiempo que lleva viviendo en determinado lugar, el vínculo con la tierra o mismo con la comunidad. H) Políticas institucionales específicas: Un aspecto central que continua siendo necesario es el diseño e impulso de políticas institucionales en los diferentes ámbitos del Sistema de Administración de Justicia ya que, si bien se realizan capacitaciones y formaciones de quienes integran dichos espacios, la difusión el derecho indígena aún sigue siendo excepcional. Es fundamental que se continúen impulsando capacitaciones, áreas específicas que trabajen sobre esta temática, difusión de jurisprudencia y estándares sobre la temática, etc.

Al respecto, la defensa pública que cumple un rol central en materia de acceso a la justicia, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades socioeconómicas de las comunidades indígenas y las dificultades para contar con abogados/as particulares, en el ámbito federal ha adoptado algunas medidas importantes para mejorar el servicio de la defensa pública en casos donde se encuentran involucrados derechos de las comunidades indígenas. En el año 2008 se creó³⁵⁴ el Programa sobre Diversidad Cultural que brinda apoyo a integrantes del MPD que intervienen en casos vinculados con pueblos indígenas, se recomienda la adopción de medidas proactivas³⁵⁵ que tengan en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las comunidades, se sugiere la intervención de intérpretes o traductores lingüísticos³⁵⁶; así como también se llevan a cabo

353 MPD – UNICEF, *op. cit.*, pág. 71.

354 Res. DGN N° 1290/2008. Creación del Programa sobre Diversidad Cultural.

355 Res. DGN N° 1106/2009. Insta a los/las DPO a la adopción de medidas proactivas para el resguardo de los derechos de los PI y su efectivo acceso a la justicia.

Medidas proactivas

356 Res. DGN N°1400/2016. Recomienda que se inste la presencia y participación de intérprete lingüístico en los procesos.

acciones de promoción y difusión de derechos³⁵⁷ de los pueblos indígenas en comunidades indígenas. A la vez, se valoriza el trabajo interdisciplinario, en aquellos casos que lo requieran se cuenta con la intervención de profesionales de Trabajo Social o Antropología para realizar informes sociales, peritajes antropológicos, o simplemente para contar con una mirada más integral al momento de relevar información sobre la vida comunitaria. Por supuesto, el rol de quienes actúan como defensores de personas menores de edad también ha sido sustancial para garantizar la representación de las NNyA indígenas y con ella los derechos fundamentales en juego.

Las sugerencias o acciones mencionadas son orientativas y se basan en los derechos y garantías mencionados previamente, un Sistema de Administración de Justicia (SAJ) que adopta medidas de estas características, no solo estaría respetando los derechos individuales y colectivos de la NNyA indígenas; también estaría contribuyendo a disminuir la desconfianza de las comunidades en el SAJ.

6. Desafíos y conclusión

Desde mi punto de vista, el mayor desafío para garantizar los derechos de las NNyA indígenas se vincula con la remoción de aquellos obstáculos o problemáticas denominadas “culturales o simbólicas”. Como hemos visto, la situación de discriminación histórica que viven las comunidades indígenas se ha ido modificando pero persiste en los diversos ámbitos de la vida cotidiana de sus integrantes. La mirada etnocéntrica y homogenizante debe ser nombrada e identificada para intentar modificarla de las prácticas y sobre todo en el ámbito del sistema de administración de justicia.

Desde la antropología se ha llamado etnocentrismo a “la valoración negativa o positiva de diferencias entre seres humanos, la sobrevaloración de lo propio y la subvaloración de lo ajeno”³⁵⁸. Entonces, si bien existen diferentes matices, hay un etnocentrismo metodológico en el que no hay una definición de personas o grupos que se consideran superiores o inferiores, sino que “se refiere al uso que hacemos de nuestra realidad social y cultural para entender

357 Res. DGN N°1599/2016. Proyecto de Promoción y Difusión de Derechos. Incluye la realización de talleres y cartillas de derechos con traducción a lenguas indígenas.

358 Cairns, Douglas. “Notas sobre el etnocentrismo, la discriminación y el concepto de cultura. Aportes para el trabajo docente en contextos educativos interculturales” en *La Interculturalidad en debate- Experiencias formativas y procesos de identificación en niños indígenas y migrantes*, pág. 248, año 2011.

y comprender la de otras personas y grupos”³⁵⁹. Desde mi mirada el Sistema de Administración de Justicia, en muchos casos, actúa de este modo y tiene una gran deuda con el servicio prestado a las comunidades indígenas. Quienes lo integran –de acuerdo con sus facultades y competencias– tienen la oportunidad de revertir estas prácticas cada vez que intervienen en un caso que involucra derechos de comunidades indígenas y por supuesto de las NNYA que las integran.

Asimismo, continúa siendo fundamental que se adopten acciones en todos los poderes estatales tendientes a garantizar una sociedad más respetuosa de la diversidad cultural. Impulsar, debatir y repensar algunas de las ideas de este trabajo es solo un pequeño aporte para continuar pensando la adecuación y actuación de las instituciones públicas que deben garantizar el acceso a la justicia y otros derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

7. Bibliografía y fuentes

- Gomiz, Micaela y Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino. Ed. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. Año 2010.
- Organización Internacional de Trabajo (OIT), Los derechos de los Pueblos Indígenas en la práctica. Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT. 2009.
- Valenzuela Reyes, Mylene. Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile.. Volumen 23, N°2, 2014.
- Azzali, Javier; Barberi, Paula y Carlotto, Bárbara. “Desigualdad socioeconómica y Acceso a justicia de los pueblos indígenas” en Revista del Ministerio Público de la Defensa, N°14, año 2019.
- MPD y UNICEF. Acceso a la Justicia de la Niñez Indígena. Criterios para una defensa técnica adecuada, año 2012, Disponible en www.mpd.gov.ar
- Cairns, Douglas. “Notas sobre el etnocentrismo, la discriminación y el concepto de cultura. Aportes para el trabajo docente en contextos educativos interculturales” en La Interculturalidad en debate- Experiencias formativas y procesos de identificación en niños indígenas y migrantes, año 2011.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.
- CEPAL. 2014. *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Impreso en Chile: Naciones Unidas.
- CEPAL y UNICEF, Pobreza Infantil de los Pueblos Indígenas y Afrodescendi-

359 Cairns, Douglas, *op. cit.*, pág. 249.

- entes en América Latina, año 2012.
- Comité DESC, Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/2001/10 10 de mayo de 2001.
- Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, James Anaya, 4 de julio de 2012 A/HRC/21/47/Add.2.
- Equipo Nacional de la Pastoral Aborigen (ENDEPA), Informe para el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Situación de los niños, niñas y adolescentes indígenas en Argentina, pág. 3, 15 de abril de 2018.
- Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, 6 de agosto de 2015, A/HRC/30/41.
- CIDH, Mujeres Indígenas, Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, párr. 133, pag. 95., abril 2017, OEA/Ser.L/V/II. Declaración de Brasilia formulada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 párr. 9 “Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables”.
- Comité de los Derechos del Niño (2009) Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 de 20 de julio, Ginebra.
- CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Estudio de estándares fijados por el sistema interamericano, 7 de septiembre de 2007, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4.
- Moreira, Manuel. La constitución y el derecho de los pueblos originarios: el acceso a la justicia culturalmente adecuado, en Derecho Constitucional Indígena (Julio García, Coordinador), Resistencia, Ed. Contexto., 2012, segunda edición.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Dictamen -Comunicación N°1610/2007, del 16 de agosto de 2011, CCPR/C/102/D/1610/2007.

Jurisprudencia:

- CSJN, Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro (provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, resolución del día 18 de septiembre de 2007.
- Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, sentencia del 6 de febrero del 2020.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2010.
- Corte IDH, Caso Masacres del Rio Negro vs. Guatemala, sentencia del 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. Mexico, año 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Pobreza y desnutrición infantil en comunidades originarias

*Pilar Ermilio Paez*³⁶⁰

1. Introducción. Problemática nutricional y social actual

La desnutrición en los niños de cero a cinco años de edad, periodo irreversible de desarrollo neurológico y motriz, se ve latente en las comunidades originarias, primordialmente de etnia Wichi. Allí nos encontramos con contextos socio ambientales, totalmente vulnerables, el acceso a la salud, agua potable y justicia son limitados, los derechos fundamentales del niño, desconocidos.

Para arribar esta problemática, generacional, cultural y fuera de la agenda política, en primer lugar, informaremos los resultados de relevamientos sociales y nutricionales realizados por profesionales en las comunidades de Santa Victoria Este, frontera tripartita entre Bolivia y Paraguay, allí se puede observar la gravedad, a consecuencia de pobreza extrema, hambre, límites geográficos, lingüísticos, y escasas de información. Los sistemas de salud, se encuentran colapsados, estamos ante una población de 17 mil habitantes, donde el 70% son comunidades originarias; cuenta con un hospital con 4 médicos, 1 nutricionista, enfermeros, parteros, y personal de APS. Quienes no tienen los recursos materiales necesarios para poder ejercer su profesión. Es decir que un niño recién nacido no siempre accede las vacunas elementales en sus primeros meses de vida, con lo cual el índice de mortalidad infantil aumenta.

A modo de contextualizarnos en la zona a abordar, Santa Victoria Este, en el límite norte de nuestro país, frontera tripartita con Bolivia y Paraguay. Con lo cual surge otra arista en conflicto, que es el tráfico de estupefacientes en la zona, la escasas de presencia policial, tanto en las áreas de controles, como en el centro del pueblo, la falta de cooperación internacional, y por último el provecho de ciudadanos que tramitan doble identidad (entre los países fronterizos) para obtener beneficios sociales.

³⁶⁰ Abogada, directora regional en Salta, de la institución afiliada: Asociación civil Pata Pila.

2. Resultados de los relevamientos sociales y nutricionales realizados en la zona a intervenir

En primer lugar, desarrollo los resultados obtenidos del relevamiento social, realizado por la Asociación Civil Franciscana Pata Pila en los meses de abril a julio 2017, por la trabajadora social de la organización.

3. Descripción geográfica y poblacional

Santa Victoria Este una localidad tripartita, fronteriza con Bolivia y Paraguay, perteneciente al departamento de Rivadavia Sur, provincia de Salta, con una población de 17 mil habitantes, de los cuales el 70% pertenecen a comunidades originarias de etnias, wichis, chorotes, chulupíes y tobas.

El acceso a la localidad es a través de la ruta N° 54, ubicada a 180 km de la ciudad de Tartagal.

Dentro de la localidad se encuentra el centro habitado por “criollos”, rodeado por lo que denominan anillos, estos son tres y son defensas protectoras del pueblo ante las posibles inundaciones recurrentes en la zona, por fuera del anillo habitan más de 35 comunidades originarias.

Muchas de las comunidades se encuentran aisladas y esto implica la restricción de comunicación por la falta de antenas satelitales en la zona; el único medio de comunicación es radial.

Pata Pila visitó 10 de sus comunidades y se registraron condiciones habitacionales, registrales, socio económicas y ambientales, además de las nutricionales. Las comunidades relevadas fueron: cañaverl 1 y 2, el cruce, buen destino, puesto nuevo, la puntana, misión la paz, vertientes, san miguel y pozo el toro.

4. Descripción socioeconómica

La situación laboral es muy precaria, debido a que los tres organismos públicos más recurrentes, a saber, hospital, municipio y escuela, no son suficientes tanto en capacidad para emplear como para receptor las necesidades vigentes, sumado a la falta de producción local tanto pública como privada.

La mayor parte de los ingresos es por planes y programas sociales, como la Asignación Universal por Hijo (AHU), el resto proviene de trabajos temporarios en campos (limpieza, recolección de verduras, poda, etc.).

La cultura del pueblo Wichi, que son la mayoría en esta zona, se caracteriza por enfocarse mucho en la familia, y por cuestiones ancestrales en caza y recolección.

Cuestión que me permito comentar que en la actualidad dado a las constantes deforestaciones se ve imposibilitado.

Pocas mujeres son las que trabajan, en artesanías con chaguar (una fibra vegetal muy usada en el chaco por los pueblos originarios), la mayor parte del tiempo la emplean al cuidado de sus niños, recolección de leña, y tareas de la casa. Existen también algunos hombres con conocimientos en oficios, aunque en escasos, como en albañería, mecánica y carpintería.

A nivel *educacional* hay una deserción escolar extrema, debido a la falta de motivación, y acceso por límites geográficos. La minoría la población es la que termina el secundario.

En cuanto a la *documentación* se destaca que las zonas más aisladas al centro de Victoria, no poseen documento de identidad, esto conlleva a la restricción de cualquier plan social estatal, y la vulnerabilidad de derechos fundamentales como el de la identidad, punto de partida y barrera de acceso a muchos otros.

En cuanto al *acceso a la justicia*, existe en la zona un juzgado de paz, sin las dependencias ni el personal correspondiente, con límites geográficos para acceder a esta, quedando desamparado el principio de gratuidad de servicios judiciales en condiciones de precariedad.

Santa Victoria Este pertenece a la jurisdicción de Tartagal, Salta, y existe la figura de un abogado itinerante quien se encarga de atender las problemáticas de zonas alejadas a la ciudad. Realizamos un cuestionamiento al Dr. Esteban Nieva Haro, secretario del tribunal penal oral, sala dos, vocalía tres, con funciones en menores, quien ha tratado con causas de violencia intrafamiliar, de género, acoso sexual, homicidios, entre otros. Sostiene: “existe una dicotomía actual y es un tema de real complejidad, debido a que por un lado los pueblos originarios quieren y acceden a sus derechos, pero en relación con casos de violencia, por ejemplo, las costumbres están muy arraigadas, en un sistema patriarcal, en donde avalan al padre de familia a poder tener relaciones carnales luego de la primera menstruación de una hija menor de edad; o en casos de homicidios, el hombre reiteradas veces ejerce violencia desmesurada por la histórica y en desuso ley del talión “ojo por ojo”, sistema de venganza; con lo cual es estos casos niegan someterse al sistema judicial existente”.

A su vez el Dr. Nieva afirma: “el sistema judicial actual cuenta con traductores de diferentes dialectos originarios y las comunidades

pueden acceder al patrocinio gratuito tanto en materia penal como civil”.

Me parece importante tener una visión de alguien que se encuentra cumpliendo funciones dentro del sistema judicial, como así también con las personas que acceden a este, a través de plantear ambos puntos de vista, concluyo respecto a este tema, que la problemática es cultural y remite a sus costumbres ancestrales, y es donde surge este límite fino, en tratar de respetar sus costumbres pero hasta donde la ley lo permita y habilite, este es un tema a rever ya que muchos no conocen la letra de la ley. Y la desinformación en varios aspectos es totalmente contraproducente.

5. Descripción socio ambientales

En varias comunidades el acceso al agua es por pozo, es escasa, impoluta y muchas veces no poseen este elemento.

En cuanto al saneamiento ambiental muchas comunidades suelen quemar los desechos; otras no practican esta actividad produciendo contaminación ambiental, lo que genera mayor posibilidad de parasitosis en los niños y adultos, ya que están en constante contacto con animales, sus heces y residuos.

La distribución de los servicios públicos, como cloacas y electricidad, se concentra principalmente en la zona céntrica del pueblo. Las comunidades de pueblos originarios viven a sus alrededores y, salvo raras excepciones, no cuentan con dichos servicios.

Se resalta que la zona donde nos remitimos es de recurrentes inundaciones, debido a la crecida del río Pilcomayo, sumado a la falta de infraestructura para prevenir y contenerla, con lo cual hay ciertas comunidades que quedan totalmente aisladas, provocando un nivel de vulnerabilidad extremo, por falta de acceso a recursos, destrucción de viviendas y secuelas de todo tipo, principalmente y de mayor riesgo en cuanto a la salud.

Con respecto a las *condiciones de vivienda*, la mayor parte de las comunidades se encuentran condiciones precarias, ya que la mayoría de las casas son de adobe, cubiertas con silo bolsa, barro, y en muchos casos en condiciones de hacinamiento. En los días de calor es común sacar las camas y dormir a la intemperie.

En una misma vivienda conviven varios núcleos familiares. Cada hijo de una primera familia forma otra y empiezan a convivir en el mismo lugar. Por otra parte, al vivir bajo el mismo techo, los abuelos colaboran en la crianza de los niños.

A los residuos suelen quemarlos o enterrarlos, por lo que en todos los casos se encontraron tirados en los alrededores botellas, juguetes rotos, ropa, etc., provocando una gran contaminación ambiental.

6. Acceso a la salud

El acceso a la salud es restringido, debido al crecimiento poblacional continuo y la falta de personal y agentes sanitarios en la zona. Además de los puestos de salud, donde las condiciones de infraestructura son inadecuadas, y abunda la escasez de recursos.³⁶¹

Como se puede observar a través de este informe se la necesidad de intervenir es real, con lo cual Pata Pila, comenzó a trabajar con el equipo, para que realizar un abordaje integral, y las familias puedan mejorar las condiciones de vivienda, documentación, ambientales, educacionales y de salubridad, contemplando que la madre es la principal agente de salud del niño, y así lograr recuperar el estado de mal nutrición del menor; actuando como puentes entre las familias y las instituciones, logrando concretar el proceso, y dándoles acceso a las herramientas necesarias para que puedan desarrollarlo por sus propios medios

6.1. Informe nutricional

Este informe corresponde al relevamiento nutricional realizado en el mes de diciembre en Santa Victoria Este, localidad tripartita, fronteriza con Bolivia y Paraguay, perteneciente al departamento de Rivadavia Sur, provincia de Salta. Esta tiene una población aproximada de 17.000 habitantes de los cuales el 70% pertenece a comunidades originarias de etnias wichis, chorotes y churupies.

Se detectaron 12 embarazadas de bajo peso en el relevamiento realizado y de 309 chicos diagnosticados, basándonos en los datos de la medición antropométrica, se llegó a los siguientes resultados:

Diagnósticos estaturales:

Alteración de talla: 75 niños

Baja talla severa: 27 niños

Diagnósticos de peso:

Desnutrición grave: 6 niños.

Desnutrición moderada: 21 niños.

361 Informe de relevamiento social, Asociación civil Franciscana Pata Pila, realizado por la trabajadora social Valeria Padilla MP 409, julio 2017. Se adjunta a la ponencia el informe con la firma de la profesional correspondiente.

Desnutrición leve: 69 niños.

Eutrófico: 128 niños.

Madres de embarazos con bajo peso: 12 madres.

En cuanto a la *ingesta alimentaria* se basa en alimentos hidrocarbonados, representados principalmente por harinas, azúcar (bebidas azucaradas), y alimentos grasos como embutidos, snacks y aceites. La distribución porcentual de nutrientes en la alimentación diaria corresponde al 70% de hidratos de carbonos, de 25 % de grasas y 5 % de proteínas. A través del recordatorio de 24 h general de las familias, se observa que en general los niños gozan de una dieta más o menos equilibrada una semana del mes que corresponde a la fecha en que las familias reciben sus salarios, y pueden adquirir la mayor parte de los alimentos, el resto de los días la dieta es insuficiente, monótona y carente de nutrientes. Esto se ve reflejado en la apariencia y signos físicos de los niños donde se destaca la baja talla crónica, anemia, decoloración del cabello.

Según los límites geográficos, se notó que en las comunidades más alejadas, los niños presentan una desnutrición más global en cuanto peso y talla, no pudiendo compensar su estado nutricional, ni si quiera con alimentos energéticos, debido a la falta de acceso de recursos, y oferta de comercios e instituciones.

En las comunidades cercanas al río, a consecuencia de la práctica de la pesca, se observó que los niños presentan un diagnóstico de talla normal, con un mínimo riesgo. A diferencia de las comunidades más cercanas al pueblo, estas consumen productos comerciales, y consideramos de real importancia acompañar los controles con los talleres educacionales, para que sea saludable la adquisición de productos comestibles.³⁶²

A través de estos dos informes nos damos cuenta de la necesidad de intervenir en el territorio, y analizar la coyuntura integral, con profesionales y creando redes, es decir no alcanza con el trabajo de una ONG aislada, por esto Pata Pila articula y trabaja junto al Ministerio de Salud, de desarrollo social, con los municipios, y gobiernos provinciales y entidades privadas, con otras organizaciones como Conin, Hacienda Camino, Fundación Montessori, entre otros, y tiene como objetivo seguir creando alianzas estratégicas.

362 Informe de relevamiento social, Asociación civil Franciscana Pata Pila, realizado en diciembre 2017, por la nutricionista Rosario Tejerina MP 391. Se adjunta a la ponencia el informe con la firma de la profesional correspondiente.

6.2. Rol de la ONG Asociación Civil Pata Pila

La organización, centraliza su finalidad en la desnutrición infantil y promoción humana, hace dos años que interviene formalmente en el territorio señalado, con un equipo interdisciplinario concreto, que se instala en las comunidades, entendiendo que para soslayar las problemáticas hay que situarse en estas para articular, cooperar y estar al servicio de las necesidades. Se lleva a cabo con la metodología de trabajo de la Fundación Conin y en articulación con el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, a través del plan nacional de protección social, en donde intervienen trabajadores sociales y educadores de salud para acompañar y accionar en las familias vulnerables.

Para explicar la metodología de trabajo cito el desarrollo y fundamentación de la Fundación Conin:

La malnutrición incluye todas las formas clínicas de desnutrición, y también el sobre peso y la obesidad. En la Argentina, la prevalencia más alta de desnutrición es la que se manifiesta por déficit de talla o retraso del crecimiento, consecuencia de una desnutrición crónica. Paralelamente se observa en una tendencia al aumento de casos de sobrepeso u obesidad infantil.

Se encuentra ampliamente demostrado que son fundamentales las circunstancias donde los niños nacen, crecen y viven. Para mantener la salud se requiere una alimentación adecuada, completa y variada, junto a un entorno sano y afectuoso.(...) Las consecuencias de la malnutrición se ven reflejadas en el estado de salud y en el crecimiento, así como en el desarrollo intelectual, afectivo y social de cada niño, teniendo relación directa con la incidencia en las enfermedades no transmisibles del adulto.

La desnutrición infantil debe ser considerada multifactorial, ya que es el resultado de un conjunto de circunstancias y determinantes sanitarios, sociales, económicos, ambientales, políticos y/o culturales. A corto plazo aumenta la morbimortalidad por la afectación severa del sistema inmune, lo que genera un círculo vicioso de desnutrición/infección, con posible afectación del crecimiento, que se traduce en una talla menor a la esperada para su edad y sexo. Si además se produce en etapas tempranas, cuando se realiza la mielinización del sistema nervioso central, las alteraciones conllevan a un deterioro permanente e irreversible del desarrollo intelectual. A mediano plazo dará como resultado un menor crecimiento, alteración del desarrollo psicomotor y menor capacidad de aprendizaje. Y a largo plazo, menos años de escolaridad, menor rendimiento in-

telectual, menor desarrollo del capital humano y menor capacidad de crecimiento económico (perpetuación de la pobreza).

Es clave comprender que la malnutrición –fundamentalmente desde la concepción y hasta los dos años de vida (los 1000 días críticos)– influye directamente en la salud actual y futura del niño, siendo las intervenciones realizadas en este período factibles de un alto impacto, con reducción de la incidencia y disminución de las secuelas(...) La prevención de la desnutrición crónica (talla baja), la de mayor prevalencia en nuestro país, demanda distintos niveles de acción: a nivel individual, requiere la protección, promoción y apoyo de la Lactancia Materna; brindar consejería y educación sobre la alimentación complementaria (principalmente en ausencia de seguridad alimentaria) y/o la provisión de alimentos complementarios junto con la consejería apropiada; reducir la frecuencia y duración de las infecciones, y la diarrea. A nivel comunitario es necesaria la mejora de los determinantes sociales y económicos de la desnutrición, que incluyen la educación materna; brindar oportunidades económicas para cultivar y/o adquirir alimentos; agua y saneamiento; acceso a los servicios de salud de calidad y fortalecimiento de la mujer en la sociedad. (...) El Método CONIN es un conjunto de programas integrales, con sustento científico, y basado en procedimientos empleados para alcanzar una variedad de objetivos regidos por una idea: erradicar la desnutrición infantil. (...) la incorporación de los adultos a cargo del cuidado cotidiano de su hijo, es una estrategia válida que genera una recuperación significativa del grado evolutivo psicomotor, del peso y la talla.(...). *Metodología del Centro*: se basan en la amplia evidencia que existe respecto de que los programas integrales de intervención nutricional, social y psico-afectiva en condiciones de pobreza y subdesarrollo, previenen la morbilidad infantil, mejorando además el crecimiento y desarrollo. Tienen por objetivo general: Prevenir, tratar y rehabilitar, realizando un abordaje integral. Todos los programas están dirigidos a revertir las causas que originan la desnutrición, y acompañar al grupo familiar a través de asistencia y educación, fortaleciendo los factores protectores y buscando estrategias para minimizar o erradicar los factores de riesgo que se visualizan en el grupo familiar y entorno del niño.

Ingresan niños de 0 a 5 años de edad con desnutrición leve, moderada o crónica, junto a su madre y todos sus hermanos menores de 5 años de edad, estos últimos independientemente de su estado nutricional. Modalidad de atención: la madre o persona a

cargo de los niños debe asistir con ellos una vez por semana, en un rango aproximado de 4 horas de atención. Programas y áreas que componen el método –se aplican en ambos centros– Diagnóstico y tratamiento: a través del seguimiento de calidad por un equipo interdisciplinario altamente capacitado, desde las áreas de pediatría, nutrición, trabajo social y desarrollo infantil, se realizan evaluaciones objetivas, derivaciones, estudios complementarios e intervenciones. Esta acción es adicional a los controles de salud recomendados en el efector de salud que corresponda. La combinación de las intervenciones en nutrición y desarrollo infantil tienen una lógica a nivel biológico y programático, y la evidencia sugiere la presencia de efectos aditivos o sinérgicos entre ambas. Seguimiento de madres embarazadas: protegiendo la salud de la madre y del niño por nacer. Se realiza acompañamiento en las áreas nutricional, atención temprana, lactancia materna. Las madres deben realizar sus controles obstétricos en el efector de salud correspondiente. Programas de asistencia: asistencia alimentaria complementaria, ropero familiar, documentación de la familia. Promoción humana: procura elevar el nivel de salud y calidad de vida de las familias y comunidades mediante el logro de actitudes y comportamientos de salud positivos, conscientes, responsables y solidarios. Se enfoca desde un modelo participativo, y adaptado a las necesidades, la población adquiere una responsabilidad en su aprendizaje centrado en el saber y también en el saber hacer. (...) Se realizan talleres de: alfabetización, oficios, educación para la salud, huerta. Paternidad y maternidad responsable, fortalecimiento familiar. Jardín maternal o salas integradoras: con docentes o especialistas en cuidado infantil (...)

En la metodología de centro itinerante se asiste en el diagnóstico y tratamiento, de la desnutrición infantil a poblaciones vulnerables, que se encuentren distantes o inaccesibles a un Centro respetando el Método de trabajo.³⁶³

Por su parte la Organización pata pila, aplica tal metodología con algunas adaptaciones a la realidad de las comunidades, como por ejemplo, trabajando con un traductor de la etnia que corresponda, para que el dialecto no sea una barrera, se acerca a las comunidades, es decir utiliza la metodología itinerante, y trabaja con un equipo de trabajadores sociales, para seguir de cerca las problemáticas en torno a usos y costumbres, que alteren la salud de los niños, siempre respetando sus culturas. Actualmente en el equipo de Santa Victoria Este se encuentran trabajando una nutricionista, dos trabajadores so-

363 Fundación Conin, Metodología Conin. <https://conin.org.ar/metodologia-conin/>

ciales, un psicopedagogo, una muestra jardinera, y una coordinadora de equipo.

7. Evolución del proceso. Menores recuperados

Mostraremos a modo de visualizar los resultados de las metodologías aplicadas, durante el último semestre del año 2019, en los centros donde atiende la ONG Pata Pila, es decir en Salta, y Mendoza. Asimismo, adjunto la estadística de la organización que respalda estos resultados.

Niños atendidos en el último semestre de 2019: 550 por mes (número proporcional a los seis meses). Niños dados de alta en el último semestre 2019: 42.³⁶⁴

Como vemos la cantidad de altas es desproporcionada en comparación a la cantidad total de niños que asisten, esto sucede por varios factores principalmente, por la falta de un médico permanente en el equipo, como así también porque a la desnutrición, se abarca en su contexto integral, y es un proceso lento e interiorizado en cada área para que todos den el aval del alta de un niño, es por esto mismo que en al año 2020 pata pila, reforzó el equipo de terreno, duplicándolo, y articulo con el ministerio de salud, para que los médicos puedan atender a los menores en situación de desnutrición grave y moderada, y por último se está avanzando en complementar con estudios de enfermedades infectologías, para atender a la enfermedad desde raíz, y poder soslayar esta problemática de salud actual, como así también tratar de utilizar métodos e informes nacionales para que el Estado pueda avanzar con lo que le corresponde, ya que una ONG por más que articule y trabaje en red no llega a abarcar todas las problemáticas de salud a nivel nacional.

En cuanto a lo relativo a la economía social, Pata Pila trabaja desde el dictado de talleres de oficios para las madres de las comunidades, a la actualidad llevan capacitando a 102 madres, en taller de costura, repostería y panificación.³⁶⁵ Las 102 madres, completaron sus cursos, y lograron emprender dentro de su comunidad, este punto es alentador y positivo, o ya que por su cultura se trasmite mucho por el ejemplo, y cuando ven resultados buenos, todos se animan a prosperar. Se logró con este proyecto aún vigente y con oficios para

364 Resultados de indicadores nutricionales, a través del sistema Anthro, se adjunta a la ponencia la estadística de la Organización Pata Pila donde respalda estos números.

365 Resultados de estadísticas de desarrollo comunitario y economía social correspondiente al año 2019. Se adjunta a la ponencia el respaldo de la ONG Pata Pila.

hombres, poder empoderar a las personas y que tengan una oportunidad laboral de ingreso por el producto de sus esfuerzos.

8. Normativa vigente en la Argentina respecto a Pueblos Originarios

En nuestro sistema jurídico, los derechos a pueblos originarios están contemplados en las siguientes fuentes del derecho:

Normativa Nacional:

- Constitución nacional reforma 1994: Incorporó tratados de derechos humanos en su artículo 75, inciso 22, y en el inciso 17: reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; y asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.
- Ley 23302: Creación del INAI con el propósito de asegurar el ejercicio de la plena ciudadanía a los integrantes de los pueblos indígenas, garantizando el cumplimiento de los derechos consagrados constitucionalmente (Art.75,Inc.17).
- Ley 24071: Aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley 26160: Declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país con personería jurídica inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, en organismo provincial competente o las preexistentes.
- Ley 26994: Aprobó la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en el cual se hace mención a los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en los siguientes artículos: 14, 18, 63 inc. c, 225 y 240.
- Código civil y comercial: art. 14: Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

- Art. 18: Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.
- Art. 63. Inc. c: Reglas concernientes al prenombre. La elección del prenombre está sujeta a las reglas siguientes: c) pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas.
- Art. 225: Inmuebles por su naturaleza. Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.
- Art. 240: Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.
- Ley 25517 y su Decreto reglamentario 701/2010: Estableció que deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamen, los restos mortales de integrantes de pueblos, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas.
- Ley 26602: La Ley de Educación Nacional incluyó en su Capítulo XI los artículos 52, 53 y 54 que consagraron la Educación Intercultural Bilingüe (EIB).
- Decreto 700/2010: Creó la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena.
- Ley 26331 y su Decreto reglamentario 91/2009: Estableció los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos.
- Resolución 328/2010: Creó el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas (Re.No.Pi.).
- Resolución 4811/1996: Creó el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.Ci).

- Ley 27118: Declaró de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena.
- Ley 24544: Aprobó el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, suscrito durante la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y de Gobierno.
- Ley 24375: Aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas.

Es importante aclarar que cada provincia adoptó su propia normativa y varía según lo establecido en su Constitución Provincial y reglamentos internos, aquí por el área investigada plasmamos la de la provincia de Salta:

- Constitución Provincial de Salta. Art 15: PUEBLOS INDÍGENAS. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo con la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.
- Tratados internacionales:
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas: En su artículo 8 j plasmó el derecho de las comunidades

indígenas a que se respeten sus conocimientos y la participación en los beneficios económicos que de ellos se desprendan.

El último caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el cual se les reconoce entre otros derechos el territorio a comunidades originarias, de Santa Victoria Este; estuve personalmente en contacto con el cacique delegado de este caso, Francisco Perez, de la comunidad Wichi Cañaverl, quien hace muchos años con esta temática y la CIDH estableció:

“San José, Costa Rica, 2 de abril de 2020. - En la sentencia del Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina notificada hoy, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró al Estado de Argentina responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la propiedad comunitaria, a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua de las comunidades indígenas. Por primera vez en un caso contencioso, la Corte analizó los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana, ordenando medidas de reparación específicas para la restitución de esos derechos, incluyendo acciones para el acceso al agua y a la alimentación, para la recuperación de recursos forestales y para la recuperación de la cultura indígena.

El caso se vincula con el reclamo de reconocimiento de la propiedad de sus tierras de parte de las Comunidades Indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjawaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete) dentro de la Provincia de Salta (en el límite con Paraguay y Bolivia). Dichas tierras han sido también ocupadas por otros pobladores y se construyó un puente internacional sin previa consulta por parte del Estado. En la zona se ha constatado presencia indígena de modo constante, al menos desde 1629. En su sentencia, la Corte determinó que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria, al no dotar de seguridad jurídica a esta y permitir que se mantenga la presencia de pobladores “criollos”, no indígenas, en el territorio. Lo anterior, pese a que el reclamo indígena de propiedad lleva más de 28 años. También concluyó que Argentina no cuenta con normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria. A su vez, el Tribunal señaló que no se siguieron mecanismos adecuados de consulta a las comunidades indígenas sobre un puente internacional construido en su territorio. Resolvió, asimismo, que autoridades

judiciales no siguieron un plazo razonable en la tramitación de una causa judicial en que se decidió dejar sin efecto normas relativas a adjudicaciones fraccionadas de tierra. La Corte, además, determinó que el Estado violó los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, a causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de estos. En su sentencia, el Tribunal entendió que la tala ilegal, así como otras actividades, desarrolladas en el territorio por población criolla, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. Lo anterior alteró la forma de vida indígena, lesionando su identidad cultural. El Tribunal ordenó al Estado la adopción de diversas medidas de reparación”.³⁶⁶

Ahora bien la realidad imperante es que tenemos una distancia enorme a la hora de hacer valer estos derechos vigentes, existe una utopía entre la norma y la realidad, en la cual las comunidades protagonistas terminan siendo vulneradas, por el sistema, el estado, la sociedad; y por su parte las ONG intentan suplir estos vacíos legales, los cuales no llegan a abarcar todos y solucionarlos, por varios motivos, entre ellos, la falta de recursos materiales, humano, dificultades o barreras geográficas. Sabiendo que esto debería ser una política de Estado, integrada y sostenida, es decir no meramente asistencialista. Ya que muchos sectores oportunistas sacan provecho de la situación de vulnerabilidad que persigue a las comunidades, convenciendo a esta minoría con recursos de mera asistencia para poder obtener un voto, sin realmente analizar la situación de fondo, y hacer valer y respetar sus derechos.

9. Conclusión. Distintas formas de involucrarse para abordar distintas soluciones

Me pareció interesante analizar desde una visión integral las problemáticas trabajadas, ya que existe una correlación entre las normas incumplidas, la vulnerabilidad social, la poca información visible tanto para las comunidades como para las metrópolis, realmente es la zona olvidada, no está ni en la agenda política ni en la de los medios de comunicación. Con este trabajo quiero remarcar el arduo y comprometido trabajo de muchas personas involucradas en Organizaciones no Gubernamentales; concientizar a las personas y entorno a nuestro alcance e invitarlos a ser parte del cambio, desde

366 Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/>

la difusión de la problemática hasta involucrarse en alguna acción concreta con la realidad para generar cambios positivos como ciudadanos.

10. Bibliografía

- Toro, Galán, Bassat, Pérez, Picarzo, Arenzabal, Vidal, Cuello. Salud infantil y cooperación internacional (una aproximación pediátrica). *An. Pediatr (Barc)*; 82 (5): 365-367. 2015.
- Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud. Resumen analítico final. Organización Mundial de la Salud. Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud. Subsanan las desigualdades en una generación. OMS: Ginebra, Suiza; 2008.
- Crecer Juntos Para la Primera Infancia. Unicef 2012 - Informe Final para la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud de la Organización Mundial de la Salud Preparado por Lori G. Irwin, Ph.D., RN Arjumanand Siddiqi, Sc.D., MPH Clyde Hertzman, MD, M.Sc., Desarrollo de la Primera Infancia: Un Potente Ecuilizador. FRCPC junio 2007.
- Silvia Mastroianni Pinto, Lic. M. Luz Belcastro, Dr. Abel Albino, Dr. Fernando Salomón, Lic. Natalia Zavaroni, Dra. Gabriela Sabio Evaluación audiológica y de percepción auditiva en niños con desnutrición. *Revista de la Federación Argentina de Sociedades de Otorrinolaringología (FASO)* Año 17 N° 1 – 2010.
- A. Ortiz-Andrellucchi, L. Peña Quintana, A. Albino Beñacar, F. Barros y L. Serra-Majem Desnutrición infantil, salud y pobreza: intervención desde un programa integral. *Nutr Hosp.* 21(4):533-41. 2006.

10.1. Páginas web

- Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai>
- Metodología Conin, <https://conin.org.ar/metodologia-conin/>
- CIDH, <http://www.corteidh.or.cr/>
- Normativas: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Tekomboé: la discapacidad en la interculturalidad y el bilingüismo

*Julio Pereyra*³⁶⁷

Desarrollamos ejemplos de consideraciones Terapéutico-Pedagógicas en lo didáctico para la enseñanza en Escuelas Interculturales Bilingües (EIBs) y Espacios de Primera Infancia (EPIs), así como la necesidad de preceptos de la Estimulación Temprana y Oportuna en/para niños con Discapacidad en comunidades originarias Mbya ‘Guaraníes (pero replicables a comunidades Tobas, Qom, Mapuche, Wichies en la Argentina).

Implica el armado de estrategias y recursos alternativos y complementarios para abordar problemáticas como la dislexia, la disgrafía, la discapacidad auditiva (Sordos) y los Trastornos Específicos del Lenguaje (TEL) en las implicancias que conlleva fonética y gramáticamente el bilingüismo (como por ejemplo la conciencia fonológica) y el desarrollo de argots en Lengua de Señas (Guaraní) y/o Comunicación Alternativa Aumentativa (CAA/PECS).

Nos centramos en la importancia de la formación referencial de los Auxiliares Docentes Indígenas (ADIs) como Docentes de Apoyo a la Inclusión/Maestros “Integradores”, y la formación de Referentes Pares como Acompañantes Terapéuticos (ATs), y que implica ello en estos contextos con anomalías de la conciencia fonológica, alteraciones gramaticales, y entre mitos y leyendas que generan prácticas de eugenesia.

Implica una mirada y abordaje de un grupo (la Diversidad Funcional) usualmente no contemplado al hablar de Pueblos Originarios, en y desde procesos culturales que aún están viciados de eugenesia.

Pueden referenciarse el armado artesanal de material/recursos Terapéutico y Ortopédicos.

Puede mencionarse las restricciones del uso del Sistema Braille en/para la Lengua Guaraní, y la necesidad de Audio(ciegos)/Video (sordos)-tecas.

Todo esto conlleva a citar estrategias, recursos e ideas de abordaje, previo a entender y atender el principio de Consciencia Situa-

367 Profesor. Escuelita Ambulante “Caminos de Tiza”.

cional en la intervención socio-comunitaria, adecuando y adaptando medios, formas y modos de desarrollar las actividades de manera, viable y pertinente.

Exige un principio de no improvisación en base a los objetivos terapéuticos y/o pedagógicos proyectados, ya de manera individual (PPI/Proyecto Pedagógico Individual) ya colectivo (PEC/Proyecto Educativo Comunitario) en base a la necesidad de generar/formar/capacitar Referentes Pares (entre ellos intérpretes pedagógicos) y Auxiliares Docentes Indígenas. Eso obliga a considerar principios de la Pedagogía de la Emergencia (citados referencialmente), el trabajo con y desde Protocolos de Seguridad e Higiene (referidos generalmente como ejemplo de consideraciones).

Abordaremos los argots lingüísticos, la adaptación ortopédica a zonas selváticas-rurales, y eventualmente dudas y consultas que surjan.

La Ponencia apunta a sensibilizar e informar abordajes alternativos y/o complementarios, que pongan en tapete un tema usualmente no referido cuando se habla de Pueblos Originarios en la Argentina, e Indígenas en Latinoamérica

Es un acercamiento que pretende traer a debate y reflexión la temática/problemática desde un enfoque Educativo, tocando los principales puntos y conceptos que el (re)pienso de la Discapacidad exige en estos contextos, aun cuando en algunos casos, pasa a ser una anécdota (el diagnóstico) detrás de la pobreza, el analfabetismo, la desnutrición o la mortalidad infantil.

La mirada reflexiva, sumado a referencias prácticas y procedimentales, abre a la puerta del intercambio de experiencias, ideas y miradas, generando en este tipo de espacios posibilidad de coordinación y acuerdos de trabajo.

1. Estilo

Nuestro estilo de redacción de este texto (ponencia) pretende responder y coincidir con los objetivos de la participación en este tipo de eventos/propuesta, buscando salir de lo académico, para inmiscuirse en la toma de decisiones, en generar e inspirar Políticas Públicas en la materia, y concientizar sobre y desde la ausencia general de medidas sobre la temática, sabiendo y reconociendo, que desarrollar todos los preceptos que abarca la Diversidad Funcional en contextos Interculturales-bilingües es complejo, y exigen otros formatos como seminarios o talleres (los cuales ofrecemos para otras instancias).

Niñez y Pueblos Originarios. Abuso y violencia sexual infantil

Marianela Rifo y Rocío Ale³⁶⁸

1. Presentación

La Argentina es considerada un país pluriétnico³⁶⁹ y pluricultural, esto se ve reflejado en la Constitución Nacional como así también en la ratificación de instrumentos internacionales relativos a los pueblos originarios. Aunque esto no se traduce en la realidad, ya que no se transformaron las instituciones del Estado, ni tampoco se pusieron en marcha políticas públicas encaminadas en este sentido. Por el contrario, las comunidades por lo general se ven atravesadas por la violencia institucional, sobre todo por parte de la justicia, la cual tiene prácticas excluyentes, discriminatorias y sin ningún tipo de perspectiva de derecho de los pueblos en muchos casos.

En el caso particular de la niñez, los/as niños/as y adolescentes han sido los últimos en ser reconocidos como sujetos de derecho, este reconocimiento tardío, maximizó la vulneración de sus derechos tanto individuales como colectivos.

Profundizaremos en estos últimos, tomando dos casos que fueron judicializados, haremos un análisis de estos.

2. Casos

2.1. Violación en manada a niña wichì en Salta (“V., J. D. – S., S. M. - S.J.M. - S.A.L. – S., J. G. – M., P. JAVIER - M.E.E. - L.,

368 Ayudantes alumnas de la materia Sociología Jurídica, Cátedra I a cargo del Dr. Mario Gerlero. Carrera de Abogacía, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

369 La Resolución N° 107/99 del Consejo Federal de Cultura y Educación recogió este importante antecedente jurídico nacional, reconociendo a la Argentina como un país multicultural, pluriétnico y multilingüe, debido tanto a la presencia “2010-Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo” Consejo Federal de Educación. APROBACIÓN PARA LA DISCUSIÓN RESOLUCIÓN CFE N° 105/10 ANEXO 6 de población indígena como de migrantes hablantes de diversas lenguas y de orígenes culturales distintos.

L. F. – A., O. A. – Abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de S.A.M”)

En noviembre de 2015, Juana, una niña con un retraso madurativo de la comunidad wichi Lhaka Honha, de Alto La Sierra, provincia de Salta, había salido con unas amigas a hacer un mandado, cuando fueron perseguidas por un grupo de criollos. Sus amigas lograron escapar, pero Juana no y fue cuando la interceptaron y abusaron sexualmente de ella en manada. Estos sujetos la dejaron inconsciente en una cancha de fútbol y con posterioridad fue encontrada por otras mujeres de la comunidad.

La madre de ella, realizó la denuncia del hecho ante la policía del lugar y luego la fue acompañando durante todo el proceso.

Cabe destacar que al momento del hecho, la policía no contaba con un traductor, así hace referencia el expediente N° 75275/16:

“Que corresponde ahora hacer mención al procedimiento policial inicial, realizado por el destacamento Alto la Sierra. Al respecto digo que los efectivos policiales, Simón García, Vacaflor y Presas, todos quienes realizaron actuaciones, sea declaraciones informativas y denuncia, reconocieron omisiones tales como no consignar la presencia de un traductor al momento de realizar la denuncia la Sra. F. I. o consignar como testigo de acto a personal policial no presente...”.(s/f)

Sin embargo, comenzada la instrucción penal preparatoria y con posterioridad en los actos de juicio, intervino una traductora y una psicóloga teniendo en cuenta las recomendaciones de UNICEF para la toma de declaraciones a menores.

Otra cuestión relevante se da en las declaraciones de los condenados, los cuales realizan marcadas distinciones entre criollos y wichís, refiriéndose a ellos de manera discriminatoria, como expresa en el dictamen judicial.

“Que la discriminación también se puede ver al decir los imputados que dentro de la casa de V., lo Wichi estaban sentados al fondo, y los criollos adelante. Es decir, separados”. (s/f)

Aquí hace mención al día que sucedió el hecho, los sujetos condenados se encontraban un bar, en su parte delantera y que en la parte trasera, se ubicaban los wichis, haciendo distinción entre unos y

otros. También durante el juicio, los criollos hacían referencia a que los pertenecientes de la comunidad tenían costumbres raras y que se avergonzaban de tener algún tipo de vínculo con ellos. Además de tratar de incorporar dentro del juicio que el Cacique de la comunidad tenía una especie de animosidad para con ellos, aunque declararon los intervinientes:

“Que A. P. y J. D., al momento de prestar declaración testimonial, dijeron haber intervenido como autoridades de la comunidad aborigen a la cual representan. Aquellos no son testigos directos del hecho. No realizaron ninguna imputación contra los acusados. Se limitaron a decir lo que vieron, o cómo se enteraron de lo ocurrido, mostrando un interés propio de sus funciones como autoridades comunales”. (s/f)

Con respecto a las declaraciones de los criollos sobre Juana, querían dejar entrever que ella, era una niña de la cual nadie cuidaba, que tenía un novio y que además bebía, como si eso fuera fundamento para someterla a una violación de ese tipo, así describe la sentencia:

“Que muestra del desprecio por parte de los acusados hacia la mujer, fue la referencia de parte de todos los acusados, respecto de que la niña “era borracha” y frecuentaba la casa de un tal H.. Recordemos que violencia no es solo pegar, lesionar. También es violencia contra la mujer el menoscabar su condición”. (s/f)

A comienzos del año 2019, el Tribunal de Juicio-Sala I del Distrito de Tartagal, condenó a los sujetos que fueron reconocidos como autores de hecho por los cargos de abuso sexual con acceso carnal contra una menor de trece años, mediando violencia y falta de consentimiento, calificado por la cantidad de personas y por la participación como coautores menores de edad.

El dictamen hace hincapié en la violencia de género sufrida por Juana, por el menosprecio al cual fue sometida, por los dichos relacionados con disminución motriz y cognitiva, y por ser de una comunidad originaria, así se expresa en el fallo:

“Sin distinguir étnica, raza, origen o capacidades, M.A.S es una niña, con serios problemas de salud. Que como niña, M.A.S también es mujer, que además es incapaz de hecho y derecho, no solo por su edad, sino por su condición física mental, y su

condición de niña-mujer, perteneciente a un pueblo originario”. (s/f)

Agregando además lo siguiente:

“Según Muñoz Conde Francisco: “Violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor. Resulta difícil de imaginar esta clase de violencia perpetrada contra el género opuesto. La violencia es de género, precisamente, porque recae sustancialmente sobre la mujer”. (s/f)

“La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder. La violencia de género implica todo esto, y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género”.

Por último hace referencia sobre sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que esta se expidió de la siguiente manera:

“Que la negación del acceso a la Justicia por delitos de violencia contra la mujer constituye una violación del principio fundamental de igualdad ante la Ley y exacerba las consecuencias directas de ese acto de violencia. La naturalización de la violencia de género solo para solidificar las bases de una cultura androcéntrica, machista que sostiene y convalida la violencia contra la mujer”. (s/f)

2.2. Violación de Estela Tejerina en Comunidad wichi Lapacho Mocho. Falta carátula

En el año 2005, Estela, una niña wichi de la comunidad Lapacho Mocho, ubicada a unos pocos kilómetros de Tartagal, en la Provincia de Salta, fue abusada sexualmente por su padrastro.

Teodora, madre de Estela, fue quien denunció a su ex concubino con el acompañamiento de la escuela a la cual concurría su hija.

Sin embargo, con posterioridad la madre quiso retirar la denuncia por amenazas y presiones de su propia comunidad ya que la persona denunciada era el hijo de Cacique, fundamentando que Teodora había sido inducida a ello por la directora de dicho establecimiento.

Este caso tomó relevancia mediática porque se realizó un documental, llamado “El etnógrafo”, en el cual se relataba la injusta condena que había recibido Ruiz, el padrastro de Estela, ya que el supuestamente no había violado a la niña, sino que se trataba de una costumbre. Esta constaba en que la niña decidía quien sería su pareja luego de tener su primera menstruación. Sumado a ello, podría darse un matrimonio privignático, es decir, una unión con la madre y la hija.

Si bien, Ruiz, el autor del delito fue condenado, nos parece relevante exponer la postura de la ministra de la Suprema Corte Salteña en el expediente N° 28526/06:

“Dentro de las pautas culturales propias de la comunidad wichi al que pertenece el imputado, la conducta que se sanciona con fundamento en los artículos del código penal conforma un modo de vida conocido como “matrimonio privignático”, y que aquel no tuvo conciencia de incumplimiento de una norma jurídica alguna durante su trato íntimo con Estela Tejerina, por lo que, a todo evento, resultaría penalmente inimputable del delito que se le atribuye. Por el contrario, la decisión de la cámara se apartaría de la constitución nacional y de los instrumentos internacionales invocados, dejándose a su respecto el derecho a que el indígena tenga su propia vida cultural”.

Por último, se debe tener en cuenta la intervención de Antropólogo John Palmer, quien vivía en esa comunidad, y que intervino de manera activa en defensa de Ruiz y consecuencia de ello, inducía a Teodora y a Estela a determinados actos, como por ejemplo la inscripción y pedido de documento de identidad con una edad mayor a la cual salía en determinados documentos para que no sea una agravante en la condena de Ruiz.

3. Similitudes y diferencias

En ambos casos las niñas como así también sus familiares o allegados son profanos al derecho, no pertenecen al campo jurídico, y están ahí solo circunstancialmente. En la lucha por el monopolio de derecho del decir del derecho puede modificárseles sustancialmente sus vidas.

En varias partes de los fallos judiciales, se puede observar la distancia entre unos y otros, es decir entre profanos y agentes del derecho. Sin embargo, también se verifica que otros profanos al derecho entran al campo, pero tienen otras herramientas, o mejor dicho, otros capitales, con los cuales pueden incidir en la posterior valoración sobre los hechos, como fue el caso de John Palmer. Este antropólogo, que vivía dentro de la comunidad hace varios años, en todo momento tomaba como imperante al relativismo cultural, por lo cual debían predominar las costumbres de las comunidades, justificando en este caso particular, que se había dado un matrimonio madre e hija y que esta última, lo había elegido a Ruiz como su esposo.

Además Palmer, como puede verse en el documental “El etnógrafo”, era incisivo con Teodora y Estela, sobre el documento de identidad, les preguntaba reiteradas veces si habían podido modificar la fecha de nacimiento, entendiendo que esa modificación podría atenuar la condena de Ruiz.

Resulta necesario sumarle a este análisis, como se despeñaron o jugaron los agentes conocedores del derecho, como fue el caso de la Defensora de Ruiz, la cual siempre trató de elevarle la edad a Estela para que el acusado no sea condenado por un delito agravante. Otra de los argumentos fue, hacer hincapié en que las comunidades por disposición de la Constitución Nacional, Provincial y Tratados Internacionales, tenían derecho a la conservación de sus costumbres.

En cuanto a las diferencias, una de ellas, es la forma de intervención de las autoridades de las comunidades. En el caso de Estela, el Cacique, amenaza a la madre de la niña, diciéndole que ella también iba a ir presa si continuaba con la denuncia contra su hijo. Además, también debía pensar que podían llegar a ser excluidos de la comunidad, quemándoles sus pertenencias y su hogar.

Roque Miranda, la autoridad máxima de la Lapacho Mocho, tenía conocimiento del hecho y que este estaba mal, y solo fue aceptado hace mucho tiempo atrás, ya que en sus declaraciones hacía referencia que se le había llamado la atención a Ruiz por sus actos.

En cambio, en el caso de Juana se puede ver las intervenciones de diversas autoridades de la comunidad a la cual ella pertenece.

Estos declararon y seguían la causa muy de cerca porque era su deber.

Otra de las diferencias, se da con la intervención de traductora y psicóloga que siguieron los lineamientos de la UNICEF, teniendo en cuenta que estas declaraciones serían hechas por menores de edad, es decir, se tuvo en cuenta a las niñas como tales. Además al intervenir disciplinas diversas al derecho, se le da una mirada interdisciplinaria al caso. Aunque, luego no se tuvo en cuenta, la habilitación del Aborto no punible, que podría haberse dado ya que habían intervenido diferentes campos del saber y estos haber concluido que dicho accionar hubiera sido necesario.

Por otro lado, Estela ni siquiera tuvo la posibilidad de que en algún momento de ser tratada como niña, como así tampoco tuvo oportunidad de decidir sobre el embarazo que está llevando producto de la violación.

Una de los análisis más importantes es el aspecto valorativo de la sentencia, su nominación, en ambas se condena a los autores de los hechos delictivos contra estas niñas. Aunque solo uno de ellos hace puntual referencia a la violencia de género soportada por una de ellas, no ahonda sobre una perspectiva de niñez de carácter integral ni tampoco sobre los derechos de los pueblos originarios, como puede notarse solo en un acto como es la falta de traductores para poder suplir un derecho y garantía básica.

En cambio, en el otro fallo judicial, si bien hay posiciones desde una perspectiva del reconocimiento de derecho de los pueblos pero sin tener en cuenta los derechos humanos de la víctima, ni mucho menos los derechos de los/las niños/as.

La similitud más relevante es que ambas son niñas, mujeres y pertenecen a un pueblo originario. Aunque, la última descripción no da lugar a que ellas puedan ser violentas de la manera que lo fueron, como expresa Octorina Zamora³⁷⁰, “No hay que involucrar a las costumbres wichí para justificar la trata, para justificar el abuso infantil, para justificar la violencia de género”. Como así tampoco, considerar que las costumbres estén por encima de los derechos de los pertenecientes a esa comunidad.

Sin embargo, se debe recalcar que las costumbres que atentan contra algunos integrantes de la comunidad, por lo general no limitan o violentan los derechos de sus miembros hombres sino muy por

370 Niyat y coordinadora de la comunidad HONET LE' LES. Zamora, es un activista sobre los derechos de las mujeres indígenas y ha llevado a cabo múltiples intervenciones y denuncias por estos hechos que analizamos en el trabajo.

el contrario, los afectados por estos rituales son los sujetos que se encuentran subordinados o que poseen menor poder, como es el caso de los niños y las mujeres.

4. Conclusiones

Los dos casos analizamos solo han sido expuestos a modo de ejemplo, sabiendo lamentablemente que existen muchos hechos similares. Por ello, es necesario repensar nuestros roles como agentes o sujetos del derecho pero no solo desde el rol de los profesionales, sino también desde las aulas.

Dentro de las facultades debe criticarse la ideas sobre la neutralidad y universalidad de los preceptos normativos ya que estos solo exponen un punto de vista, que es el hegemónico pero no es el único, para así poder visualizar al derecho desde otras perspectivas, de manera decolonial y multicultural para luego realizar una mejor tarea en la defensa de los derechos de otros sujetos pero también entendiendo que cuestiones culturales, económicas, sociales, religiosas no pueden sobrepasar los derechos humanos de otras personas. Como así también, deben derribarse los mitos en torno a los pueblos originarios, como que estos se encuentran alejados de las zonas urbanas, que existen o subsistente muy pocos pueblos originarios en nuestro país. Por último, que sus problemas se reducen al reconocimiento de sus territorios sino que ellos también se ven atravesados por otras clases de conflictos en donde el derecho interviene.

5. Bibliografía

- Delitos contra la integridad sexual. Imputado miembro de la comunidad “wichi” Suprema Corte de Justicia de Salta. Expediente N° CSJ 28526/06.
Expediente JUI - N° 75275/16, “V., J. D. – S., S. M. - S.J.M. - S.A.L. – S., J. G. – M., P. JAVIER - M.E.E. - L., L. F. – A., O. A. - ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN PERJUICIO DE S.A.M (LEG. INVESTIGACION 74/16)”.
- Mónica Tarducci. Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichi.
Pierre Bourdieu. *Poder, derecho y clases sociales*, 2° edición.
Diario Página 12, noticia del día 2 de noviembre de 2012. Lo ancestral no es excusa.

Huellas de infancia en comunidades indígenas: experiencias en la comunidad Huarpe Guanacache, San Luis (Argentina)

Gabriela B. Rodríguez Murano³⁷¹

1. Introducción

Este trabajo aborda las huellas de infancia en la Comunidad Huarpe Guanacache San Luis (Argentina), desde los testimonios de sus integrantes adultos.

La comunidad, está situada en el Paraje La Represita, Departamento de Ayacucho, a 160 km de la ciudad de San Luis, en el límite con las provincias de Mendoza y San Juan. La zona se conoce como Lagunas de Guanacache e integra un sitio Ramsar³⁷², por la importancia de sus humedales. Sus habitantes se identifican como integrantes del Pueblo huarpe, reconocen vínculos familiares entre sí y mantienen un asentamiento ancestral. Hasta el año 2006, cuando adquiere visibilidad, la Comunidad carecía servicios de luz, gas y electricidad. Además, el proceso de desertización de los humedales, había generado la falta de agua para sus actividades esenciales.

Los huarpes habitaban la mayor parte de la actual provincia de San Juan y parte de las actuales provincias de Mendoza y San Luis.³⁷³ Fueron considerados extintos por aculturación y mestizaje, por diversos autores: Michieli, García, Fernández.³⁷⁴ Sin embargo, otras investigaciones sostienen la continuidad huarpe, explicando el silenciamiento durante la etapa de consolidación del Estado-nación

371 Abogada- Procuradora (UBA). Master en Gestión y Políticas Culturales en el Mercosur (UP), con Diploma de Honor. Grupo de Trabajo sobre India y Asia del Sur del Comité de Asuntos Asiáticos del CARI.

372 Art.1.1. Convención de Ramsar. Sitio Ramsar desde 1999 –tramo Mendoza y San Juan-, ampliándose a San Luis en 2007 –Sitio: Lagunas de Guanacache, Desaguadero y del Bebedero-

373 Diego Escolar, *Los dones étnicos de la Nación* (Prometeo, Buenos Aires, 2007), 21.

374 Catalina Michieli, *Los huarpes protohistóricos; La disolución de la categoría jurídica de indio*; Alejandro García, “Una mirada a los reclamos modernos de identidad huarpe”; *Tras las huellas de la identidad huarpe*; Virginia Fernández, “La última etapa en el proceso de desestructuración de una cultura indígena”.

argentino, en el siglo XIX.³⁷⁵ Actualmente, los procesos de emergencia³⁷⁶ huarpe en la zona de Cuyo, son estudiados desde distintas perspectivas (Katzer, Escolar, Ros Segura).³⁷⁷

En la Argentina los derechos de los pueblos indígenas, tienen rango constitucional desde 1994.³⁷⁸ Empero, los avances en el ejercicio efectivo de esos derechos son escasos. Hay comunidades que no tienen visibilidad, ni medios suficientes para acceder a la justicia.

La Comunidad Huarpe Guanacache San Luis, se tornó visible en 2006, cuando una de sus integrantes –Sra. Pascuala Carrizo Guakinchay–, planteó en un foro el problema de la desertización de su territorio, ante la presencia del Gobernador.³⁷⁹ A partir de allí, surgió “la agenda de las culturas originarias”³⁸⁰, orientada al reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en San Luis. Se firmaron sendas Actas compromiso entre la Gobernación de San Luis y las Comunidades huarpe (26/10/2006) y ranquel (9/11/2006). Se reconoció la preexistencia étnica y cultural de las comunidades originarias, que habitaron y habitan la provincia de San Luis y se dispuso la restitución de tierras (Ley N° V-0600-2007). A través de diversas normas, se estableció la creación de un Registro de Comunidades Originarias (Ley N° V-0613-2008)³⁸¹, un relevamiento de pueblos

375 Diego Escolar, “Integración transnacional y la emergencia de los neohuarpes”; “Acompañando al pueblo huarpe”; *Los dones étnicos de la Nación*; Gastón Gordillo y Silvia Hirsch, “La presencia ausente”.

376 Dinámica por la cual ciertos grupos protagonizan un veloz proceso de autoconciencia étnica, que los lleva a diferenciarse de la sociedad envolvente, Diego Escolar, *Los dones étnicos de la nación*, 28.

377 Leticia Katzer, “La etnicidad como acontecimiento”; “Tierras indígenas, demarcaciones territoriales”; Diego Escolar, *Los dones étnicos de la Nación*; Valeria Ros Segura, “Ser Huarpes en el siglo XXI”.

378 Art. 75, inc. 17 CN: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptibles de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente esas atribuciones. Pedro Sagués, *Constitución de la Nación Argentina* (Buenos Aires, Astrea, 1999), 87.

379 Dr. Alberto Rodríguez Saá (2003-2008/2008-2011/2015-2019/2019-2022).

380 Ezequiel Espinosa Molina, “El Estado y la (re)producción étnica en San Luis: la agenda de las culturas originarias y la Comunalización del Pueblo Nación Ranquel” (X Reunión de Antropología del Mercosur, Universidad Nacional de Córdoba, julio 2013).

381 El registro no pudo ser ubicado.

originarios y la formación de dos Municipios de las comunidades ranquel y huarpe, en las tierras restituidas.³⁸² Por Ley N° V-0672-2009, la provincia de San Luis adhirió a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en 2011 se incorporó el reconocimiento a los pueblos indígenas, en la Carta Magna de San Luis.³⁸³

La comunidad mantiene una posesión de 6800 has, formalmente reconocidas en propiedad comunitaria, por la Provincia de San Luis. Sin embargo, la restitución ascendería a 74.000 has (Ley N° V-0721-2010), computando hectáreas del Parque Nacional Las Quijadas, que los huarpes consideran territorio ancestral. La comunidad no tiene acceso a ese predio, que se encuentra en litigio entre La Provincia de San Luis y la Administración de Parques Nacionales.³⁸⁴

La Gobernación de San Luis, construyó en la comunidad, con materiales convencionales: 30 casas de diseño étnico con equipamiento, escuela digital, centro de salud, centro cultural, planta potabilizadora y una estación de radio. Se proveyeron servicios de luz, gas –envasado–, agua –a través de grandes aljibes bajo tierra–, wi-fi, herramientas y animales, para proyectos productivos comunitarios. Asimismo, se realizaron obras hídricas para resolver el problema del agua. Las familias mantienen sus majadas de animales y sus tejidos, que eran las formas de subsistencia, previas a las políticas implementadas por la Gobernación de San Luis.

El presente trabajo constituye un estudio descriptivo y cualitativo, que desarrolla un estudio de caso, analizando once entrevistas semiestructuradas y nueve de contra-chequeo, tomadas en 2013.

382 El análisis documental y las políticas implementadas, se pueden consultar en: Graciela Rodríguez Murano, “La Gestión Cultural con las Comunidades Huarpe Guanacache San Luis y Pueblo Nación Rankül, en la provincia de San Luis, Argentina” (tesis de maestría, Universidad de Palermo, 2014).

383 Artículo 11 Bis: Esta Constitución reconoce todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, a los que considera un piso, por sobre el cual la Provincia de San Luis puede establecer mayores derechos y garantías. Todos los habitantes de la Provincia, gozan de los Derechos de Inclusión Social y de Inclusión Digital como Nuevos Derechos Humanos fundamentales. La Provincia de San Luis reconoce la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, comprendiendo sus derechos consuetudinarios preexistentes conforme a los acordados por la Carta Magna Nacional, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre del año 2007.

384 C.S.J.N. “Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y escrituración” Fallos 333:1959.

Los testimonios reflejan las experiencias de infancia, que marcaron la trayectoria de la Comunidad, desde la etapa de silenciamiento hasta el actual proceso de emergencia.

2. Marco conceptual

2.1. Pueblos indígenas/originarios

En este trabajo usaremos indígenas³⁸⁵ y originarios como sinónimos, teniendo en cuenta que la Constitución de San Luis utiliza la expresión *pueblos indígenas*, en tanto la mayor parte de la normativa de la provincia se refiere a *pueblos originarios*.

Para Bonfil Batalla, *indígena*, constituye una categoría relacional, que da cuenta del proceso colonial y permite entender la posición que ocupa la población así designada, dentro del sistema social mayor, del que forma parte.³⁸⁶

El Relator Especial de Naciones Unidas, Martínez Cobo ha señalado:

*Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y colonización que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos distintos de otros sectores de las sociedades que prevalecen actualmente en esos territorios, o en partes de los mismos. En la actualidad, constituyen sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y traspasar a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su continua existencia como pueblos, de acuerdo con sus propias pautas culturales, instituciones sociales y sistemas legales.*³⁸⁷

Por su parte, la Relatora Especial de Naciones Unidas Daes, ha apuntado:

385 “Originario del país de que se trata”, *Diccionario de la lengua*, 20ª ed, 2 vol. (Madrid: Espasa Calpe, 1984), 767.

386 Guillermo Bonfil Batalla, “El concepto de indio. Una categoría de la situación colonial”, *Anales de Antropología*, vol. 9 (1972): 122.

387 José Martínez Cobo, *Estudio del problema de la discriminación con las poblaciones indígenas* (ONU, doc. núm E/CN.4.2, 1986/87, 1986), 54.

*El concepto mismo de “indígena” comprende la idea de una cultura y un estilo de vida distinto e independiente, basados en antiguos conocimientos y tradiciones, vinculados fundamentalmente a un territorio específico. Los pueblos indígenas no pueden sobrevivir ni ejercer sus derechos humanos fundamentales como naciones, sociedades y poblaciones distintas si no pueden conservar, recuperar, desarrollar y transmitir los conocimientos que han heredado de sus antepasados.*³⁸⁸

2.2. Infancia indígena

La especificidad de la infancia indígena genera la necesidad de una protección reforzada de los niños, por su condición de tales, por la situación de vulnerabilidad de sus pueblos y por cuestiones vinculadas a la identidad y al territorio.

La Convención de los Derechos del Niño, reconoce el derecho del niño indígena, en común con los miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.³⁸⁹ La Observación General N° 11 del Comité de los Derechos del Niño, pone de relieve que los niños indígenas necesitan medidas especiales, para el goce efectivo de sus derechos. Tiene en cuenta tanto la dimensión individual como colectiva de esos derechos, al estar vinculados a tradiciones y valores de los pueblos indígenas, asociados a su territorio. Por eso, el Comité recomienda tener presente ambas dimensiones, al momento de considerar el interés superior del niño indígena. En el caso concreto, debe prevalecer el interés superior del niño individual al interés superior de los niños como grupo, pero sin perder de vista la dimensión colectiva.³⁹⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha establecido que existe un *corpus iuris de la infancia*³⁹¹, tendiente a garantizar los derechos humanos de los niños y ha tenido en cuenta la

388 Erica Daes, *Protección del patrimonio de los Pueblos Indígenas* (Nueva York: Publicación de las Naciones Unidas, 1997), 1.

389 Art. 30, Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 1989).

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

391 CIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Sentencia, 19 de noviembre de 1999: 50 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

especificidad de esa protección en niños indígenas, en diversos casos (Casos: Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Chitay Nach y otros vs. Guatemala; Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, etc.).

Valenzuela Reyes, señala que a través de los criterios sustentados por la CIDH, se ha configurado un *corpus iuris de la infancia indígena*, integrado por La Convención de los Derechos del Niños (Art.30); el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art.27); el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Convenio 169 OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales de 1989 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.³⁹²

2.3. Cultura e Identidad

Entendiendo que el hombre se encuentra inserto en tramas de significación, que ha contribuido a construir, como lo señalaran Weber y Geertz, Gimenez define la cultura como: “la organización social de significados, interiorizados de modo relativamente estable por los sujetos, en forma de esquemas o de representaciones compartidas, y objetivados en formas simbólicas, todo ello en contextos históricamente específicos y socialmente estructurados”.³⁹³ Considera que cultura e identidad están estrechamente relacionados, porque la identidad marca las fronteras entre “un nosotros” y “los otros y esa diferenciación se realiza a través de una constelación de rasgos culturales distintivos.

La UNESCO define la cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.³⁹⁴

Por su parte, Grimson propone profundizar sobre la relación entre cultura e identidad, para comprender cuáles son y por dónde se desplazan las fronteras culturales y las fronteras identitarias. Parte de la constatación empírica, de que esas fronteras no siempre son coincidentes. Señala: “lo cultural alude a las prácticas, creencias y

392 Mylene Valenzuela Reyes, “Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 23, Nº 2 (2016): 213.

393 Gilberto Gimenez, “La concepción simbólica de la cultura”, en *Estudios sobre la cultura y las identidades sociales en Seminario Permanente de Cultura y Representaciones Sociales*, ed. Gilberto, Giménez, 1-17. (Mexico, Conaculta-Iteso, 2007):16.

394 Declaración Universal de la sobre la Diversidad Cultural (París, UNESCO, 2001).

significados rutinarios y fuertemente sedimentados, mientras que lo identitario, refiere a los sentimientos de pertenencia a un colectivo y a los agrupamientos fundados en intereses compartidos”.³⁹⁵ Grimson plantea la noción de *configuración cultural*, como herramienta heurística, concebida como un espacio social en el cual hay lenguajes y códigos compartidos, horizontes instituidos de lo posible y lógicas sedimentadas del conflicto.³⁹⁶ Estas configuraciones, permiten visualizar la existencia de disputas y poderes, de heterogeneidades y desigualdades y de cambios.

2.4. Memoria colectiva

Halbwachs señala a la memoria colectiva como aquella a través de la cual los miembros de un grupo, reconstruyen el pasado a partir de sus intereses y del marco de referencias presente. Esa memoria asegura la identidad, la naturaleza y el valor del grupo. A través de los marcos colectivos de la memoria, formados por la combinación de los recuerdos individuales de los miembros de un grupo, la memoria colectiva reconstruye una imagen del pasado, retiene de él lo está vivo en la conciencia del grupo que la mantiene y que es su soporte espacial y temporal.³⁹⁷ Para Halbwachs, a través del vínculo vivo de las generaciones, el niño se remonta a un pasado remoto, por el contacto con sus abuelos.

En las comunidades indígenas, Aravena, apunta que la memoria colectiva genera recuerdos compartidos, susceptibles de transformarse en el discurso social del grupo.³⁹⁸ Tamagno, en un estudio sobre los migrantes qom en La Plata, describe cómo la memoria les ha posibilitado mantener su identidad. Señala que los relatos sobre el pasado, remiten a antiguos tiempos de autonomía en el Gran Chaco y es un recurso que sostiene maneras de comportamiento y normas, que orientan tanto a los que migraron hace más de 30 años, como a los migrantes jóvenes y recientes. Sostiene que retomar las prácticas y representaciones del pasado, ha tenido efectividad en las nuevas

395 Alejandro Grimson, *Los límites de la cultura* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012), 138.

396 Alejandro Grimson, “Comunicación y configuraciones culturales”, *Estudios de Comunicación y Política* n.34 (2014): 119.

397 Maurice Halbwachs, *La mémoire collective* (Paris: Albin Michel, 1997), 131.

398 Andrea Aravena, “El rol de la memoria colectiva y de la memoria individual en la conversión identitaria mapuche”, *Estudios Atacameños* n. 26 (2003): 89.

condiciones y les ha permitido mitigar situaciones de hostilidad, apelando a lo comunitario.³⁹⁹

2.5. Territorio/Tierra/Espacio

El territorio de las comunidades indígenas resulta central, porque constituye lugar de identificación y soporte de las prácticas culturales. Cuando los indígenas se refieren a la tierra o a sus territorios ancestrales, aluden a un espacio específico, con fuerte contenido simbólico y de pertenencia.

En tal sentido, Ramirez señala que para los Pueblos indígenas, el territorio es un concepto complejo, que incluye suelo, subsuelo, flora, fauna, el hábitat todo, unido al elemento subjetivo de vinculación especial con ese espacio, que también tiene connotaciones espirituales.⁴⁰⁰

Oslender apunta que hay conflictos en el uso del espacio y que para entender los movimientos basados en identidades colectivas, hay que entender los lugares específicos donde se desenvuelve la acción social, donde esas identidades están construidas y articuladas. A partir de allí, se generan espacios de representación, con sus simbolismos y significados, que resisten las representaciones dominantes del espacio.⁴⁰¹

Por su parte, Lucero sostiene que las civilizaciones, han vinculado la identidad y el territorio a dos ideas centrales: que cada persona y elemento fueron creados con derecho a habitar un determinado territorio y a tomar de la creación lo necesario para su reproducción. De allí surge la obligación de mantener el equilibrio entre lo que toman y lo que tienen que devolver a la naturaleza y la vinculación con los rituales de fertilidad, siembra y cosecha.⁴⁰²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido en cuenta la relación de los Pueblos indígenas con sus territorios en diversas sentencias y ha expresado:

399 Liliana, Tamagno, "Identidades, saberes, memoria histórica y prácticas comunitarias. Indígenas tobas migrantes en la ciudad de La Plata, capital de la provincia de Buenos Aires, Argentina", *Artigos*, vol.3 (2003):169.

400 Silvina Ramirez, "Pueblos indígenas, identidad y territorio -Sin territorio no hay identidad como Pueblo-", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año15 n 1(2017): 13.

401 Ulrich. Oslender, "Espacio, lugar y movimientos sociales: hacia una espacialidad de resistencia", *Scripta Nova, Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 6, n.115 (2002).

402 Rolando Lucero, "La identidad y el espacio geográfico. Identidad y memoria", en *Identidad, conciencia histórica y su relación con el patrimonio cultura*, comp. Susana Aruani, 25,34. (Mendoza. Universidad Nacional de Cuyo, 2007), 30.

*La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.*⁴⁰³

En un fallo del 6 de febrero de 2020, que ha generado la responsabilidad del Estado Argentino, por la violación al derecho de propiedad indígena –entre otros derechos–, la CIDH también se ha expedido sobre la necesidad de dotar de seguridad jurídica a ese derecho de propiedad. En tal sentido ha ordenado al Estado que, en un plazo razonable “adopte las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para..., dotar de seguridad jurídica al derecho humano de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin”.⁴⁰⁴

3. Metodología

Este es un estudio descriptivo, desde una perspectiva cualitativa. Serbia, señala que los estudios cualitativos constituyen una estrategia, para comprender e interpretar las imágenes sociales, las significaciones y los aspectos emocionales, que orientan los comportamientos de los sujetos.⁴⁰⁵ No tienen una secuencia direccional, sino una estructura interconectada entre sus componentes, que permite virajes y genera un diseño abierto y flexible.⁴⁰⁶

La investigación desarrolló un estudio de caso intrínseco⁴⁰⁷, que se interesa por lo que sucede en la Comunidad Huarpe Guanacache, San Luis y no tiene la pretensión de representar un universo mayor.

403 C.I.D.H. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia, 17 de junio de 2005, p. 79, párr. 135. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

404 C.I.D.H. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia, 6 de febrero de 2020, p. 116, párr. 354. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

405 José M. Serbia, “Diseño, Muestreo y Análisis en la investigación cualitativa”. *Hologramática*, año 4 n.4 (2007): 129.

406 Joseph Maxwell, Maxwell, *Qualitative research desing. An interactive Approach* (Londres: Sage publications, 1996).

407 Robert Stake, “Case studies”, en *Handbook of cualitative research*, Norman Denzin e Yvonna Lincoln, eds., 236-247 (California: Sage publications, 1994).

Sin embargo, entendemos que el conocimiento que genera, puede servir para posteriores aplicaciones e investigaciones.

El objetivo fue abordar las huellas de infancia en la Comunidad Huarpe Guanacache San Luis (Argentina), desde los testimonios de sus integrantes adultos. Se intentó reflejar las experiencias de infancia, que marcaron la trayectoria de la comunidad, desde la etapa de silenciamiento hasta el actual proceso de emergencia.

Para ello, se utilizó la entrevista semiestructurada, concebida como un encuentro comunicacional, que posibilita la comprensión y análisis de sujetos, contextos y situaciones sociales.⁴⁰⁸ A través de ella, se intentó acceder a la perspectiva de los sujetos, descubriendo sus categorías mentales, sus sentimientos y los motivos de su accionar.⁴⁰⁹ Se siguieron los lineamientos de Tonon⁴¹⁰, registrándose cada entrevista en audio, para su posterior transcripción. Luego se procedió al análisis temático, de acuerdo con la estrategia desplegada por Boyatzis⁴¹¹, siguiendo las fases descriptas por Braun y Clarke.⁴¹²

Se tomaron 11 entrevistas semiestructuradas y 9 de contra-chequeo. El colectivo entrevistado estaba integrado por hombres y mujeres de la comunidad, de entre 26 y 67 años. No se contó con hipótesis sino con ideas generadoras.

4. Testimonios de infancia en la comunidad Huarpe Guanacache, San Luis

4.1. Cosmogonía e infancia

Los discursos de los integrantes adultos de la comunidad, revelan las vivencias de infancia, atravesadas por la relación con el territorio ancestral y la naturaleza. Dentro del territorio, las actividades fluyen en una dinámica asociada a los ciclos naturales, que hayan

408 Luis Alonso, "Sujeto y discurso: el lugar de la entrevista abierta en las prácticas de la sociología cualitativa", en *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, 225 -239 (Madrid: Síntesis, 1999).

409 Piergiorgio Corbetta, *La ricerca sociale: metodologia e tecniche III. Le tecniche qualitative* (Bologna: Il Mulino, 2003).

410 Graciela Tonón, "La entrevista semi-estructurada como técnica de investigación", en *Reflexiones Latinoamericanas sobre investigación cualitativa*, Graciela Tonón, comp. 56-75 (San Justo: Prometeo Libros-UNLAM, 2009).

411 Richard Boyatzis, *Transforming qualitative information. Thematic analysis and code Development* (Thousand Oaks: Sage, 1998).

412 Virginia Braun y Victoria Clark, "Using thematic analysis in psychology". *Qualitative Research in Psychology vol 3* (2006): 77-101.

expresión en las actividades productivas, culturales, espirituales y lúdicas.

En los relatos subyace una cosmogonía circular, que se manifiesta en distintas dimensiones.

Una de ellas es la relación entre las personas y la tierra, que genera la necesidad de volver al territorio. Lo describen como sentirse parte de la tierra:

Yo no soy dueño de este lugar, yo soy parte de este lugar. Yo sin este lugar no soy lo que soy y quizás este lugar sin mí tampoco sea lo que es, creo que es algo en conjunto (hombre 30-40 años).

Los discursos revelan, que desde niños los huarpes aprenden que el bien y el mal están en el plano de la cotidianidad y que deben vivir en armonía con el entorno. La idea de circularidad explica que si se hace el mal, este no puede ser redimido y tenderá a volver hacia el que lo produce. Así, si se es depredador con los animales, no solo se genera un desequilibrio en la naturaleza, sino que ese mal volverá en falta de alimentos.

A través de la idea de circularidad, también se enseña a los niños que las cosas se logran con perseverancia, tranquilidad y con ideas. Que cada uno tiene que hacer su parte, para que en algún momento las cosas pasen, aunque sea en las nuevas generaciones: “*a veces uno no es parte de todo el camino*” (mujer 30-40 años);

Nosotros no pensamos en la pelea, es como que no está incorporado en nosotros. Creemos que se puede ganar más con la palabra y hay cosas que también se ganan con la perseverancia. En algún momento el mundo este da vueltas y da tantas vueltas que en una de esas vueltas, el giro le va a tocar a uno... Hay muchos ancianos que no vieron esto, pero sí creyeron... El solo hecho de decirme mi abuela que yo era huarpe, es señal de que confiaba en algo (hombre 30-40 años).

Los entrevistados describen las actividades lúdicas de la infancia, muchas veces acompañados por adultos – padres y abuelos– y asociadas a actividades de subsistencia: “*nosotros jugábamos en cosas, que después entendimos que era un trabajo*” (hombre 30-40 años), “*es la niñez mejor, por ejemplo, apiando chivatos*” (hombre 20-30 años); “*nos criamos tejiendo*” (mujer 50-60 años). El cuidado

de las cabras, imitando a sus padres, era una práctica común en niñas y niños, que continúa en la actualidad. Los niños y niñas aprenden a seguir rastros y a reconocer a cada animal por sus características. Al igual que los adultos, evitan contarlos por la creencia de que si lo hacen, pueden morir o perderse.

El hilado de lana y el tejido en telar, denota un sesgo de género, según la referencia de los entrevistados, que describen la transmisión de madres a hijas.

En las celebraciones del año nuevo huarpe, a orillas de un gran fuego, que “*ilumina las cosas buenas*”, los niños y niñas reciben enseñanzas, a través de relatos y leyendas.

En el territorio, se conservan las antiguas casas, que son espacios de memoria y están vinculadas a la espiritualidad huarpe: “*el espíritu nuestro, la energía nuestra, queda en la casa*” (hombre 30-40 años); “*el recuerdo que dejan los padres en las casas, por eso no quiero que las volteen*” (mujer 50-60 años). Los discursos revelan que esas casas, mantienen vigencia de uso y de enseñanza para las nuevas generaciones: “*todas las mañanas ahí, hacemos lo que sabíamos hacer antes, no con la fuerza que teníamos antes para trabajar, pero es algo para que aprendan los niños, los jóvenes*” (mujer 50-60 años).

4.2. Del silencio a la visibilidad

Los entrevistados señalaron el silenciamiento de la identidad, como una estrategia de supervivencia de los ancestros:

No somos personas de guerra, no nos enseñaron eso. Y eso nos lleva a tener que actuar con inteligencia, nos lleva a tener que adaptarnos a la situación...Y si acá nosotros éramos perseguidos por ser huarpes, entonces hubo una política de nosotros de aparentar no serlo... Eso muestra que nuestros antepasados lo que planearon en ese momento no lo hicieron mal, porque nosotros nos podemos sentir. No aparecemos en los libros, dicen que los huarpes murieron, que nosotros no estamos, dicen. Pero cómo que no, si estamos acá, ... porque evitamos persecuciones, porque salvamos a nuestras familias, porque seguimos estando en el lugar (hombre 30-40 años).

Hacia el interior de las familias, continuaron enseñando a los niños sobre su ascendencia: “Nosotros siempre supimos quiénes éramos, pero era patrimonio nuestro saber quiénes somos. Y si no nos miraban mejor” (mujer 50 a 60 años); “yo por lo menos tenía el dato de que éramos huarpes, porque mi abuelo me decía: vos sos mi nieto y sos huarpe” (hombre 60-70 años). En los relatos, subyace la idea de que los niños pudieran resistir la asimilación:

Mi abuela me dijo un día: más allá de que parezca que los huarpes no existen, vos tenés que saber que pertenecés a ellos. No importa lo que digan los demás, sino lo que vos sientas y que te matengas en eso (hombre 30-40 años).

Los discursos dan cuenta del padecimiento en la infancia, al salir de la comunidad y tener que ocultar la identidad: “si yo tengo que callar mi origen, es un sometimiento” (mujer 50-60 años); “le comenté a compañeras que jugábamos todo el día, en el primario... yo dije que mi mamá era originaria y me hizo un gesto, que no saqué nunca más el tema” (mujer 50-60 años). Los relatos, revelan que hubo cierta inquietud, cuando una integrante de la comunidad decidió responder públicamente que los huarpes no estaban extintos, haciendo visible a la comunidad y el problema del agua:

Pascuala, en una reunión que hubo, no sé si por Mercedes, que dijeron que se terminaron los huarpes y ella fue así en público y dijo: “cómo que se terminaron los huarpes, acá estoy yo”. Y se ve que llegó a los oídos del Gobernador, el Alberto y la llamó para preguntarle qué necesitaba. Lo que quería la Pascuala era agua, porque acá es escasa (mujer 50-60 años).

De las entrevistas surge, que aún hay personas con temor a manifestarse: “pero mataron tantos, por eso muchos tienen miedo de decir que somos indios, somos huarpes. Por eso, por lo que temen que vuelvan a seguir matando”. Asimismo, hay referencias a personas jóvenes, que sueñan cosas que no han vivido:

Hay mujeres jóvenes que me decían: yo sueño que vienen a matarnos, a degollarnos... Esos sueños son parte de una historia que viajó en sus genes... Tremendas historias que forman parte de ese componente cultural (mujer 50-60 años).

Los discursos reflejan una valoración positiva, al sentirse reconocidos: “estábamos escondidos como un ciudadano más, no como ahora, tenemos todos los carteles, el Pueblo Huarpe somos” (mujer 50-60); “ahora con lo que se está haciendo, están empezando a volver algunos, pero años anteriores tuvieron que mandar a los hijos a empezar a buscar trabajo, salud y educación” (hombre 30-40 años); “se nos dio el reconocimiento que varias provincias o varios países han negado,... se nos tuvo en cuenta en todo, en qué viviendas queríamos...” (mujer 20-30).

Los adultos aspiran a que los niños, no tengan que ocultar la identidad: “yo quiero que mi hijo viva como huarpe, que esté con la gente que él quiera estar. Que cuando le pregunten vos sos huarpe?, conteste que sí con orgullo, que no lo escuenda” (mujer 20-30 años).

4.3. Tierra. Rupturas territoriales

Al hablar del territorio ancestral, los entrevistados se refieren a la tierra desde una concepción animista: “la tierra es nuestra madre, porque sin ella no somos nada, porque en ella crecemos, nos da todo” (mujer 50 a 60 años). Los eventos masivos y las intervenciones en la tierra generan inquietud, porque entienden que la tierra reacciona con fuertes ráfagas de viento y estruendo: “como que la tierra no quería fiesta, no quería gente de afuera, porque se armaban vientos grandes”; “Igual como cuando hicieron el pozo⁴¹³, hizo un estruendo tan grande que parecía que se había roto algo y el camión saltó” (mujer 20-30 años).

Los distanciamientos del territorio se atribuyen a cuestiones de necesidad, para buscar trabajo, educación en los niños o cuestiones complejas de salud. Los impactos negativos de esas migraciones se describen a nivel individual y colectivo:

Había un progresivo desmembramiento de las familias, ... la enfermedad de las madres que dejan ir a sus hijos a estudiar o a que busquen un mejor pasar... El dolor del desarraigo que no los deja seguir, a veces les limita el triunfo. Toda esa situación que yo pude ir viendo. Y el sufrimiento que yo también padecía, cuando me mandaron a estudiar a la ciudad y tener que venirme del calorcito de mi familia, siendo chica. Eso es terrible. Yo vine con

413 Se refiere a las perforaciones que la Comunidad autorizó, para resolver el problema del agua.

mis hermanos cuando tenía más o menos 5 años
(mujer de entre 50 y 60 años).

Los entrevistados refieren dos situaciones negativas, relativas al territorio: la pérdida del humedal y los desplazamientos compulsivos de integrantes de la Comunidad, al crearse el Parque Nacional las Quijadas.⁴¹⁴

La desertización del humedal fue atribuido en los relatos, a intervenciones humanas inadecuadas, especialmente en San Juan. Según describieron, el humedal se fue secando hasta generar problemas de subsistencia, por la falta de agua para los animales y las personas. Asimismo, desaparecieron las totoras⁴¹⁵, utilizadas por los huarpes laguneros para la confección de diversos enseres, desde tiempos ancestrales: “una vez que se acaba el agua, hay que vender los animales, aunque sea bonito o querido” (hombre 20-30 años); del humedal sí me acuerdo, llegaba el humedal hasta acá..., todo eso era agua y totora, muy bonito el paisaje y el río bramaba, porque llevaba mucha agua... de a poco se fue” (mujer de entre 50 y 60 años).

De los discursos surgen cuestionamientos a la Administración de Parques Nacionales, por diversos motivos. Refirieron los desplazamientos compulsivos de miembros de la comunidad, que habitaban parte del predio que ocupa el Parque Nacional las Quijadas:

Me dieron 30 días de plazo para que desocupara el puesto y lo tenía que hacer por ley, ... meter las cosas en una carretilla, para pasar del otro lado del río, que es Mendoza...porque era urgente la sacada de todo. Los animalitos me los hicieron sacar todos, se me perdió más de la mitad, se murieron de hambre los animales, me quedé casi sin nada...y mis hijos eran chicos (hombre de entre 60 y 70 años).

Asimismo, se cuestiona a la Administración de Parques Nacionales por la tranquera con candado, que impide la entrada a miembros de la comunidad: “siento que me están quitando algo mío, porque yo nací ahí... queremos ver los árboles donde jugábamos...pero cierran las puertas con llave, ponen carteles de privado la entrada” (mujer 50-60 años). Otras críticas, se refieren a la prohibición de la venta directa de artesanías a los huarpes, al cambio de nombres en

414 Creado por Ley Nacional N° 24.015, B.O:24/12/1991.

415 Planta acuática que puede medir hasta 2m.

la toponimia del Parque y a la falta de cuidado de la infraestructura y los animales: “había un molino de agua pero ya no está, rompieron todo” (mujer 50-60 años); “antes había animales, bichos, ahora usted va a ver uno de casualidad,... los cazadores entran a cazar ahí, hacen daño, no cuidan nada,...ni los alambres dejaron” (hombre 60-70 años).

El espacio que ocupa el Parque Nacional Las Quijadas, también tiene importancia espiritual: “recuperarlo sería recuperar parte del patrimonio espiritual, porque sé que hay zonas y lugares muy antiguos de observación y de práctica en espiritualidad” (mujer 40-50 años).

Los discursos dan cuenta de los proyectos comunitarios, productivos y turísticos en el territorio. Sin embargo, se mantienen las formas de sustento tradicionales –ganado caprino y artesanías– que constituyen prácticas ancestrales de cada familia. Estas actividades, también fueron consideradas en su dimensión recreativa, por la relación particular que tienen con sus animales y porque los tejidos no son concebidos como un trabajo.

Los entrevistados confrontan sus trayectorias infantiles, con las posibilidades de los niños en la actualidad. Expresan expectativas positivas de que podrán crecer, educarse y mantenerse en la comunidad, gracias a la educación digital, las iniciativas de turismo y los proyectos productivos.

4.4. Infancia y educación

La educación de los niños surge como una dimensión relevante en la comunidad, al punto que es señalada como motivo de migraciones, hasta la implementación de las políticas de la Gobernación de San Luis, a partir de 2006.

Los discursos dan cuenta de las experiencias de infancia de los adultos, al separarse de sus familias a edades tempranas, al cuidado del niño mayor. Si bien se describe la asistencia material de las familias y la contención a través de los encuentros posibles, se señalan los impactos negativos de esas experiencias. Entre ellos, la falta de adaptación a los nuevos espacios, la añoranza del territorio y la familia, las experiencias de discriminación y la necesidad de silenciar la identidad huarpe.

Una huella particular de silenciamiento de la identidad, es referida al momento de escolarizarse. Los relatos describen la confrontación con los textos escolares, que explicaban la extinción de los huarpes: “si yo no ponía que los huarpes no existían, no pasaba la

materia. Así que tuve que poner que los huarpes no existían, pero es doloroso porque uno mismo está poniendo ahí que no existe, es muy difícil” (hombre 30-40 años).

Los discursos revelan dificultades en el desempeño escolar, que atribuyen a la angustia del distanciamiento, más que al sistema educativo formal. Surge la idea recurrente de volver a la comunidad: “nosotros estudiábamos porque queríamos volver, el tema de nosotros era volver a acá” (mujer 20-30). Asimismo, se describen situaciones de discriminación: “vergüenza de decir esto somos,... era como que la gente de afuera nos miraba como si fuéramos mala gente, como que no éramos personas de valor” (mujer 50-60).

Los discursos reflejan una valoración positiva, por la educación actual de los niños y por el desempeño de la docente huarpe, Lucía del Carmen Calderón. Al momento de las entrevistas (2013), la docente estaba a cargo de todos los niveles educativos: inicial, primario, secundario y adultos. Los niños participaban en olimpiadas, compitiendo en ajedrez, historia, educación vial, ciencias naturales, medio ambiente y teatro.

El análisis de las entrevistas, revela que los adultos de la comunidad, no tuvieron acceso a la lengua huarpe, durante la infancia. Sin embargo, surge la expectativa de que su enseñanza, se incorpore a la currícula escolar.

Las técnicas tradicionales de hilado y tejido, se habían incorporado a la currícula y eran enseñadas por artesanas de la Comunidad.

4.5. Infancia y salud

Los discursos refirieron que durante la infancia, los adultos no tuvieron acceso a la medicina convencional. Las dolencias eran tratadas mediante infusiones de plantas y para casos complejos, se trasladaban a centros de salud de Mendoza o San Juan. Un tema de cuidado eran las mordeduras de víboras, porque en la zona hay especies de veneno letal.

De las entrevistas surge una valoración positiva, por la medicina convencional. Se alude a que siempre que un médico los visita, las personas se acercan a consultar. Sin embargo, se señala que desde sus antepasados, los huarpes se han mantenido con su medicina tradicional, a base de té de plantas de la zona. Por eso, tienen expectativas de colaborar, a través de la fitoterapia huarpe y el parto

humanizado, con la medicina convencional del hospital construido en la comunidad.⁴¹⁶

Según los entrevistados, el nacimiento de un niño es un acontecimiento valioso para todos, que no debe ser tratado como un simple acto médico ni como un trabajo del personal de salud: “hay que darle importancia porque es la llegada de un nuevo ser vivo a este mundo, no es algo tan simple, es algo que necesita más de humano, más de recibimiento, más de trato, más de todo” (hombre 30-40 años). Se alude a una dimensión individual y también colectiva:

Cuando una mujer está embarazada, estamos embarazados todos. No es solo la mujer, de una forma o de otra todo impacta en la memoria. Nosotros todos, tenemos memoria de nuestra vida intrauterina y de nuestros primeros momentos de vida. Y cuando hay un bebé, ese bebé en la panza ya empieza a activar esa memoria en cada uno. Nosotros vemos algo y activa nuestros propios recuerdos, no es solo ver, es como un espejo (mujer 30-40).

De los discursos surge el *parto humanizado*, como una forma de evitar situaciones de estrés a la madre y al niño, respetando los tiempos de la naturaleza en cada parto. Así, se propone evitar el exceso de estudios previos, las inducciones innecesarias de parto, las cesáreas evitables y el corte prematuro del cordón umbilical, antes de concluir el flujo de sangre.⁴¹⁷ La preparación del parto debe comenzar con el cuidado de la madre, para que se conecte con las áreas de placer, que consideran serán estas que le permitirán abrirse al dolor de parto. Se trata de que la mujer busque su fuerza antigua, asociada a la memoria colectiva de parir. Por eso, plantean que sería bueno integrar esta perspectiva huarpe, a la medicina convencional, del hospital construido en la comunidad.

416 Al momento de tomar las entrevistas (2013), el edificio estaba terminado, aunque aún no tenía dotación de personal.

417 Organización Mundial de la Salud, *Delayed umbilical cord clamping for improved maternal and infant health and nutrition outcomes* (Ginebra: World Health Organization, 2014). Presenta coincidencias con la posición de la entrevistada.

5. Conclusiones

Los discursos en la Comunidad Huarpe Guanacache San Luis, revelan las experiencias de infancia, que dejaron huellas con improntas positivas y negativas.

El desarrollo del niño, desde una perspectiva holística, que abarca los aspectos: físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social⁴¹⁸, se inserta en el niño indígena en el marco de un territorio específico, donde se comparten valores culturales colectivos.⁴¹⁹ Por eso, los discursos de los entrevistados reflejan las rupturas con el territorio, como experiencias dolorosas de la infancia, que afectaron los desempeños escolares y el desarrollo.

El silenciamiento de la identidad marcó la infancia de los adultos de la comunidad. Ese proceso fue descrito también como una experiencia dolorosa, pero necesaria para no sufrir persecuciones. Asimismo, se rescató el aspecto positivo, de lograr la supervivencia de la comunidad. Como señala Escolar, la invisibilización puede ser una estrategia de resistencia, al permitir que las memorias proscritas puedan “reproducirse y articularse, a través de varias generaciones,... hasta que en determinadas coyunturas son articuladas como marcas o narrativas por los actores”.⁴²⁰

Con el reconocimiento de los derechos de los Pueblos indígenas en San Luis, se genera un cambio en las representaciones sociales, por las políticas implementadas desde el poder.⁴²¹ La Comunidad toma visibilidad e inicia un proceso de emergencia, con apoyo estatal.

Considerando las huellas de infancia, derivadas del tratamiento de los huarpes en los textos escolares, siguiendo las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, se debería revisar el material educativo y los libros de historia, “a fin de asegurar una imagen

418 Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Comité de los Derechos del Niño: Ginebra, 2003): 5. <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-5-medidas-generales-aplicacion-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf>

419 Observación General N° 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (Comité de los Derechos del Niño: Ginebra, 2009) :7 <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-11-ninos-indigenas-sus-derechos-en-virtud-convencion-2009.pdf>

420 Diego Escolar, *Los dones étnicos de la Nación*, 220.

421 Lucila Edelman, “Apuntes sobre la memoria individual y la memoria colectiva” en *Paisajes del Dolor; Senderos de Esperanza. Salud Mental y Derechos Humanos en el Cono Sur*; CINTRAS, EATIP, GTNM/RJ y SERSOC, ed. (Buenos Aires: Polemos, 2002).

justa, exacta e informativa de las sociedades y las culturas de los pueblos indígenas”.⁴²²

Los discursos reflejan que hay mucho por hacer, para que los niños de la Comunidad puedan ejercer sus derechos, individual y colectivamente. Los adultos han experimentado en su infancia, situaciones que no quieren que se reproduzcan en las nuevas generaciones.

Los testimonios recabados, nos interpelan a todos. Que los niños indígenas, puedan ejercer plenamente sus derechos, es tarea de los Estados, pero también de otras organizaciones y de la sociedad civil, como lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño.⁴²³ Tomando las ideas que subyacen en los discursos de los entrevistados huarpes: hagamos nuestra parte, para que la actual y las nuevas generaciones de niños indígenas, puedan gozar plenamente sus derechos.

6. Bibliografía

- Alonso, Luis E. “Sujeto y discurso: el lugar de la entrevista abierta en las prácticas de la sociología cualitativa”. En *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, 225 -239. Madrid, Síntesis, 1999.
- Aravena, Andrea. “El rol de la memoria colectiva y de la memoria individual en la conversión identitaria mapuche”. *Estudios Atacameños* n 26 (2003): 89-96. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/eatacam/n26/art10.pdf>
- Bonfil Batalla, Guillermo. “El concepto de indio. Una categoría de la situación colonial”, *Anales de Antropología*, vol. 9 (1972): 106-124.
- Boyatzis, Richard. *Transforming qualitative information. Thematic analysis and code development*. Thousand Oaks, Sage, 1998.
- Braun, Virginia y Clark, Victoria. “Using thematic analysis in psychology”. *Qualitative Research in Psychology* vol 3 (2006): 77-101.
- Corbetta, Piergiorgio. *La ricerca sociale: metodologia e tecniche III. Le tecniche qualitative*. Bolonia, Il Mulino, 2003.
- Daes, Erica I. *Protección del patrimonio de los Pueblos Indígenas*. Nueva York: Publicación de las Naciones Unidas, 1997. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r912.pdf>.
- Edelman, Lucila. “Apuntes sobre la memoria individual y la memoria colectiva”. En *Paisajes del Dolor, Senderos de Esperanza. Salud Mental y Derechos Humanos en el Cono Sur*. CINTRAS, EATIP, GTNM/RJ y SERSOC, editores. Buenos Aires,: Polemos, 2002.
- Escolar, Diego. “Acompañando al pueblo huarpe: luchas de representación y control político en la institucionalización de las comunidades huarpes de Guanacache, Mendoza”. En *Movilizaciones indígenas e identidades en disputa en la Argentina*, compilado por Gastón Gordillo y Silvia Hirsch, 173-206. Buenos Aires, La Crujía, 2010.

422 Observación General 11, 58.

423 Observación General 11, 9.

- Los *dones étnicos de la Nación*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.
- ”Integración transnacional y la emergencia de los neohuarpes: Pasados elididos y pasados solicitados en la (des)articulación nacional de la provincia de San Juan”. *Revista NAYa*, n14, (1997): 1-1. <https://www.equiponaya.com.ar/articulos/identi07.htm>
- Espinosa Molina, Ezequiel. “El Estado y la (re)producción étnica en San Luis: La agenda de las culturas originarias y la Comunalización del Pueblo Nación Ranquel”. X Reunión de Antropología del Mercosur, Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- Fernandez, Virginia. (1989). “La última etapa en el proceso de desestructuración de una cultura indígena. Los huarpes del N.E. de Mendoza durante el siglo XIX”. *Xama*, 2, (1989):173-81.
- García, Alejandro. “Una mirada a los reclamos modernos de identidad huarpe”. *Scripta Nova, Revista de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 6 n 109, (2002): 1-1. <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-109.htm>.
- *Tras las huellas de la identidad huarpe: un aporte desde la arqueología, la antropología y la historia*. Mendoza: Zeta, 2004.
- Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona, Gedisa, (2003).
- Giménez, Gilberto. “La concepción simbólica de la cultura”. En *Estudios sobre la cultura y las identidades sociales*, editado por Gilberto, Giménez, 1-17. México: Conaculta-Iteso, 2007.
- Gordillo, Gastón y Hirsch, Silvia. “La presencia ausente: invisibilizaciones, políticas estatales y emergencias indígenas en Argentina”. En *Movilizaciones indígenas e identidades en disputa en la Argentina*, compilado por Gastón Gordillo y Silvia Hirsch, 15-38. Buenos Aires: La Crujía, 2010.
- Grimson, Alejandro. “Comunicación y configuraciones culturales”. *Estudios de Comunicación y Política* 34, (2014): 116-125. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/36360/CONICET_Digital_Nro.2b03ef07-2737-4f7c-9c43-0a169eb9344a_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- *Los límites de la cultura*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012.
- Halbwachs, Maurice. *La mémoire collective*. París, Albin Michel, 1997.
- Katzer Leticia. “La etnicidad como acontecimiento: Una etnografía de las trayectorias de subjetivación y des-comunalización étnica Huarpe en Mendoza y San Luis”. *Intersticios de la Política y La Cultura. Intervenciones Latinoamericanas*, vol. 4 n 7(2015): 63-76. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/intersticios/article/view/11369/12250>
- “Tierras indígenas, demarcaciones territoriales y gubernamentalización. El caso Huarpe, Pcia. de Mendoza”. *Avá n 16* (2009): 117-136. http://www.ava.unam.edu.ar/images/16/pdf/ava16_katzer.pdf
- Lucero, Rolando. “La identidad y el espacio geográfico. Identidad y memoria”. En *Identidad, conciencia histórica y su relación con el patrimonio cultural*, compilado por Susana Aruani, 25,34. Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 2007.

- Martínez Cobo, José. *Estudio del problema de la discriminación con las poblaciones indígenas*. ONU, doc. núm. E/CN.4.2, 1986/87, 1986. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4>
- Maxwell, Joseph. *Qualitative research desing. An interactive Approach*. London: Sage publications, 1996.
- Michieli, Catalina. “La disolución de la categoría jurídica de ‘indio’ en el siglo XVIII: el caso San Juan (Región de Cuyo). *Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo UNSJ. Publicaciones Vol. 16* (1998): 41-55.
- *Los huarpes protohistóricos*. San Juan: Instituto de Investigaciones, Arqueológicas y Museo UNSJ, 1983.
- Organización Mundial de la Salud. *Delayed umbilical cord clamping for improved maternal and infant health and nutrition outcomes*. Ginebra: World Health Organization, 2014. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/148793/9789241508209_eng.pdf?ua=1
- Oslender, Ulrich. “Espacio, lugar y movimientos sociales: hacia una ‘espacialidad de resistencia’”. *Scripta Nova. Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, vol. 6, n.115* (2002). <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-115.htm>
- Ramírez, Silvina. “Pueblos indígenas, identidad y territorio -Sin territorio no hay identidad como Pueblo-”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 15 n 1*(2017): 11-32.
- https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-15/Revista_Juridica_Ano15-N1_01.pdf
- Rodríguez Murano, Graciela. “La Gestión Cultural con las Comunidades Huarpe Guanacache San Luis y Pueblo Nación Rankül, en la Provincia de San Luis (Argentina)”. Tesis de Maestría. Universidad de Palermo, 2014.
- Ros Segura, Valeria. Ser Huarpes en el siglo XXI: La Comunidad Sawa y la construcción de su territorialidad. *Revista De Ciencias Sociales Y Humanas, v 5 n 5* (2013): 93-112. <http://www.ojs.unsj.edu.ar/index.php/reviise/article/view/52/51>
- Sagués, Pedro. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Serbia, José María. “Diseño, Muestreo y Análisis en la investigación cualitativa”. *Hologramática, año 4 n.4* (2007): 123-146. http://www.cienciarred.com.ar/ra/usr/3/206/n7_vol3pp123_146.pdf
- Stake, Robert “Case studies”. En Norman Denzin e Yvonna Lincoln. Eds. *Handbook of qualitative research*, 236-247. California: Sage publications, 1994.
- Tamagno, Liliana. “Identidades, saberes, memoria histórica y prácticas comunitarias. Indígenas tobas migrantes en la ciudad de La Plata, capital de la provincia de Buenos Aires, Argentina”. *Artigos, vol. 3*(2003): 165-182. <https://revistas.ufpr.br/campos/article/view/1594/1342>
- Tonon, Graciela. *La entrevista semi-estructurada como técnica de investigación*. En *Reflexiones Latinoamericanas sobre investigación cualitativa*,

compilado por Graciela Tonon, 56-75. San Justo: Prometeo Libros-UN-LAM, 2009.

Valenzuela Reyes, Mylene. “Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 23 - N° 2 (2016): 211-240.

6.1. Documentos y leyes

Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas. Ramsar, 1971.

https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current_convention_s.pdf

Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, 1989. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf

Constitución de San Luis. <http://www.diputados.sanluis.gov.ar/diputadosweb/Contenido/Pagina23/File/Constitucion%20San%20Luis.pdf>

Ley de la Nación Argentina N° 24.015.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/414/norma.htm>

Ley de la Provincia de San Luis, N° V-0600-2007-. [file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20\(14\).pdf](file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20(14).pdf)

Ley de la Provincia de San Luis N° V-0613-2008. [file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20\(18\).pdf](file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20(18).pdf)

Ley de la Provincia de San Luis N° V-0672-2009, [file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20\(15\).pdf](file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20(15).pdf)

Ley de la Provincia de San Luis N° V-0721-2010

[file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20\(20\).pdf](file:///C:/Users/GRACE/Downloads/Norma%20(20).pdf)

Observación General N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño: Ginebra, 2003. <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-5-medidas-generales-aplicacion-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf>

Observación General N° 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Comité de los Derechos del Niño: Ginebra, 2009.

<http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-11-ninos-indigenas-sus-derechos-en-virtud-convencion-2009.pdf>

Declaración Universal de la sobre la Diversidad Cultural. UNESCO: Paris, 2001. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CulturalDiversity.aspx>

6.2. Jurisprudencia

C.I.D.H. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia, 19 de noviembre de 1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

C.I.D.H. *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala*. Sentencia, 25 de mayo de 2010. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf

C.I.D.H. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia, 6 de febrero de 2020. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

- C.I.D.H. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia, 17 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- C.I.D.H. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Sentencia, 4 de septiembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf
- C.S.J.N. “Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y escrituración” Fallos 333:1959.

La relevancia de la familia en las comunidades originarias a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Samir Rodolfo Delgado Lazo*⁴²⁴

1. Introducción

La familia es una de las instituciones del derecho más antiguas que existe, y conforme a ello, esta ha ido evolucionando a la par del mundo, pasando desde una primera etapa denominada *vagus concubitus* hasta la concepción actual que ostenta. En estos periodos de cambio y adaptación el derecho no pudiendo ser indiferente fue reconociendo la importancia de esta figura y progresivamente fue atribuyéndole una regulación y protección. La protección a la familia, reconocida a nivel mundial como un derecho fundamental, ha dejado atrás toda clase de concepción restrictiva y hoy en día su esfera jurídica es mucho más extensa, no significando esto una forma de distorsión de sus principales valores, sino, la correcta representación en la realidad que esta ostenta. En nuestro contexto regional, donde se goza de una multiculturalidad inigualable, la protección de la figura de la familia no puede ser ajena, y mucho menos debe amparar, a aquellas transgresiones a las formas o concepciones familiares que ostenten los pueblos originarios, quienes por haber desarrollado estas en base a sus prácticas consuetudinarias merecen ser atendidas a partir de un tratamiento específico acorde a su situación. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos atento a estas situaciones ha dado grandes pasos para la protección de la familia dentro de las comunidades indígenas y tribales, podemos decir que actualmente se cuenta con una eficaz protección para la protección de este derecho dentro de este grupo de personas, el propósito de esta trabajo es explicar precisamente este punto, la relevancia de la familia a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

424 Conciliador Extrajudicial especializado en Familia, director de la ONG Codice Humanum, estudiante de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa-Perú

2. Marco jurídico

A manera de entrar en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es menester hacer unas cuantas precisiones previas. Este sistema de protección de los derechos humanos es parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), organismo internacional que tuvo su génesis en la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y la Agencia Comercial de las Repúblicas Americanas fundadas a raíz de la Primera Conferencia Internacional Americana llevada a cabo entre los años 1889 y 1890 en Washington D.C. Estados Unidos, posteriormente, después de un largo proceso a partir de la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada el 30 de abril de 1948, se suscribió la Carta de Organización de los Estados Americanos la cual fue firmada por 21 países, además de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Posteriormente, en la fecha del 22 de noviembre del año 1969 se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José, la cual con el fin de salvaguardar los derechos inherentes y fundamentales de la persona y con la intención de verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados estableció dos órganos competentes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el primero de estos con una función primordialmente orientada a la promoción y protección de los derechos humanos y la segunda una función protectora contenciosa y consultiva. El artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos presenta el siguiente texto que:

- a) *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*
- b) *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*
- c) *El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*
- d) *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de este. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la pro-*

tección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

d) La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro de este.

Este artículo (así como la Convención en general) presenta un texto que “típicamente” recoge y regula de una manera más amplia la protección de esta institución, esto lo podemos obtener si contrastamos el texto de este artículo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual recoge en su artículo 8⁴²⁵ el respeto a la vida privada y familiar y el 12⁴²⁶ el derecho a contraer matrimonio, supuestos establecidos en un solo artículo por la CADH y el cual además es dotado de contenido a través otros artículos que brindan protección a otros derechos conexos a la familia, pues los derechos del Niño se encuentran específicamente recogidos en el artículo 19 y la prohibición ante injerencias arbitrarias en la vida familiar en el artículo 11.

Este es el marco legal sobre el que se desarrolla la protección de la familia dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no obstante, generalmente las violaciones o trasgresiones no se dan de forma aislada, en muchos casos la realización de un hecho puede revestir tal magnitud o características que transgrede no solo un artículo, formando así una interrelación entre los derechos transgredidos, esta situación asume una mayor dimensión en el caso de las comunidades indígenas puesto que, adelantando un poco el tema, estas desarrollan sus relaciones de familia, la propiedad, creencias y costumbres en base a sus prácticas consuetudinarias formando un conjunto que ya de por sí se encuentra interrelacionado, lo que nos presenta supuestos en los que a partir de una violación al derecho a la circulación de una comunidad se deviene a la vez en una transgre-

425 Convenio Europeo de Derechos Humanos artículo 8: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar.-

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

426 Convenio Europeo de Derechos Humanos artículo 12: “Derecho a contraer matrimonio.-

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

sión a sus derechos de propiedad, a la protección familiar, integridad personal. Esta situación especial será desarrollada más adelante.

3. El desarrollo conceptual

“La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, de esta manera el inciso 1 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos nos brinda una concepción sobre el rol de esta institución, no obstante, el camino para llegar a esta idea ha sido largo y áspero, encontramos etapas en las cuales existían definiciones muy restrictivas de familia las cuales resultan inaplicables en la actualidad, tales presentaban restricciones como el sexo de las parejas o la obligatoriedad del matrimonio para entrar en esta categoría, ejemplo de ello tenemos la definición del doctor argentino Arturo Yungano quien señalaba que la familia es “una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye un grupo humano fisiogénico y primario por excelencia”,⁴²⁷ desde el principio esta definición ya restringe a las personas que la integran, bajo esta definición aquellos modelos familiares como la extensa, monoparental, homoparental no podrían ser considerados fehacientemente como familia y por tanto no le podrían ser atribuidas los derechos y deberes que ameritan, de estas etapas hay puntos rescatables, como aquella característica reconocida ya como inherente a la familia, el que sea reconocida como un instituto “natural”, esto quiere decir que es una institución que nace a partir de la realidad de las cosas, parece ser de esta idea el gran doctrinario Guillermo Borda cuando al desollar el derecho natural señala que : “Debe aceptarse que el respeto de la libertad y, por ende, de la dignidad humana, es el derecho natural; igualmente lo es el imperio de la igualdad, entendiendo por tal la que se desprende de la naturaleza y destino del ser humano, lo que no implica negar las desigualdades accidentales propias de cada sujeto; son también de derecho natural la familia, las asociaciones, la propiedad, y el derecho debe garantizarlas y asegurar su normal desenvolvimiento”.⁴²⁸ pudiendo extraer de esta concepción la relación y

427 Arturo Yungano, *Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1989).

428 Guillermo Borda, *Manual de Derecho Civil Parte General* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1996).

la importancia que debe tener la realidad, (la naturaleza o el contexto en que se viene desarrollando la sociedad) y la regulación que se le brinde, en este entendido, la familia o más precisamente su concepción debe ser una fiel representación de la realidad, en palabras del doctor Enrique Varsi Rospigliosi: “Los cambios sociales y las conductas personales influyen en la estructura familiar orientando su composición a nuevas exigencias que en su mayoría son contrarias a la realidad legal. Consciente de que su origen estaría dado en la satisfacción de caprichosas necesidades o del surgimiento de nuevas costumbres, no podemos permitir que la ley sea ajena a esta realidad y debe empezar a proyectar sus normas a fin de proteger a la familia, sin descuidar o restringir los derechos y aspiraciones de las personas que la componen”.⁴²⁹ Frente a estas nuevas concepciones el derecho internacional de los derechos humanos en base a sus principios rectores ha desarrollado el concepto de familia extendiendo su protección a las nuevas realidades existentes y aquellas otras que venían de antes pero que no estaban del todo integradas en los sistemas de protección existentes, en el caso *Atala Riffo* la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de esta. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.⁴³⁰ Esta amplia noción ha encontrado respaldo dentro del Sistema Europeo pues La Corte Europea de Derechos Humanos en diversos casos tales como *Keegan vs. Ireland*, y *Case of Kroon and Others vs. The Netherlands*⁴³¹ ha señalado y puntualizado que efectivamente la vida familiar debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes lleven una vida en común fuera del matrimonio. Asimismo el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General No. 21 en un aspecto más orientado hacia describir esta institución dentro del margen de la realidad social y cultural que existe dentro de cada Estado indicó: “la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una

429 Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de Familia La nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (Lima: Gaceta Jurídica, 2011).

430 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párr. 142.

431 *Case of Keegan vs. Ireland*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290 párr. 42; *Case of Kroon and Others vs. The Netherlands*, judgment of 27 October 1994, Series A no. 197-C párr. 30

región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención”.⁴³² En esta definición es importante resaltar la denotación que impone a que la concepción de familia no va ser esta que se viene desarrollado de un Estado a otro y que mucho menos al interior del país se va tener un identidad en este criterio, pues en distintos puntos de estos tales ideas han de estar regidas por las concepciones propias de tales lugares, esta precisión del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer es muy importante porque reconoce, aunque no sea expresamente, que dentro de las distintas realidades culturales existen distintas formas de familia, permitiendo ser incluidas en esta definición a los pueblos indígenas u originados, así también podemos decir que no se necesita que toda “familia” realice las mismas actuaciones para ser considera como tal, sino, que entran a esta concepción, y por tanto a su protección, aquellas estructuras o asociaciones que desarrollen las funciones básicas de cuidado y sustento, en este punto la afirmación que hizo el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 7 resulta correcta pues señala cual es la labor y las funciones que realiza esta institución natural, en los párrafo 15 y 19 señaló lo siguiente: “reconoce que “familia” aquí se refiere a una variedad de estructuras que puede ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. (...) El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones /parentales y las estructuras para la crianza de los niños”⁴³³

Finalmente podemos decir que dentro del derecho así como también en la sociedad se han venido desarrollando y aceptando nue-

432 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), 13° periodo de sesiones, 04 de febrero de 1994, párr. 13.

433 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia (2005), 40° periodo de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de setiembre de 2005, CRC/C/GC/7, 20 de setiembre de 2006, párrs. 15 y 19.

vos conceptos de familia, el marco legal no podía ser indiferente a los contextos en que se desarrollaban las personas. Podemos llegar a la conclusión que la existencia de definiciones y tratamientos tan restrictivos sobre la familia se debe desconocimiento de las realidades o el rechazo hacia ellas por parte de un sector de la doctrina, desconocimiento pues se ignoraba que en ciertas partes de una misma región existían comunidades que en el desarrollo de sus propias prácticas consuetudinarias llevaban a cabo modelos familiares distintos a los modelos “tradicionales” lo cual por ninguna razón amerita a que sean dejadas de lado por amparo del derecho.

4. La interrelación de derechos y la familia en los pueblos indígenas

Como se entiende de todo lo que se venía señalando, parte de nuestra realidad social y cultural es la existencia de pueblos indígenas y tribales, comunidades que se desarrollan en base a sus tradiciones propias, las cuales son consideradas de alta vulnerabilidad que deben ser asistidas y protegidas de manera especial. Debido a la gran extensión de nuestro continente, la diversidad de sus eco-regiones y procesos históricos es que actualmente en todo el continente americano contamos con una pluriculturalidad enorme, la cual por su simple existencia implica singularidades en cada una de las comunidades existentes dentro del continente; teniendo creencias o prácticas que deben ser respetadas tanto por terceros como por los Estados. Las prácticas que realicen estas comunidades están relacionadas con sus territorios, sus creencias, sus organizaciones entre otros aspectos, a tal grado que la existencia o supervivencia de uno depende del otro, en el caso Masacres de Río Negro contra Guatemala, la comunidad Maya Achís que habitaba por las proximidades a este río tenían tanto apego a este que el hecho de la construcción de una hidroeléctrica que importaba el corte o el cierre del cauce del agua suponía para la comunidad “el cierre a la vida misma de los seres humanos”.⁴³⁴ En relación con el territorio la Corte Interamericana en casos como Comunidad Mayagna Awas Tingi contra Nicaragua y Comunidad Moiwana contra Surinam ha señalado que la relación que tiene estas personas con este elemento debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, pues su

434 Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de setiembre de 2012, Serie C No. 250, párr. 159.

nexo comunal con tal territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras;⁴³⁵ misma postura podemos encontrar en el caso anteriormente tocado de Masacres de Río Negro, pues frente a la intromisión que implicó la implementación de la planta hidroeléctrica en las prácticas y rituales (más el agregado del contexto en el que se desarrollaron los hechos del caso) se estableció “que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”.⁴³⁶

Ahora bien, ¿entonces cuál es el rol de la familia en estas comunidades y como se desarrolla en la interrelación mencionada? En el caso Chitay Nech se reconoció que la familia en estas comunidades “no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forman parte”.⁴³⁷ Dentro de la cosmovisión de estas personas, el mantenimiento de la familia, de generación en generación, permite la transmisión de sus tradiciones y sus conocimientos, permite el mantenimiento de su cultura, es la semilla que garantiza su supervivencia en el futuro, podemos señalar que la desintegración de la estructura familiar dentro de estas comunidades puede significar la pérdida de cultura, de sus prácticas, el desvalor de sus territorios y tradiciones espirituales, así como también podemos señalar que un desplazamiento forzado sus territorios ancestrales puede, y seguramente lo hará, desencadenar en una trasgresión a su identidad cultural que a su vez muy probablemente pueda importar la desintegración de los núcleos familiares existentes. Es imposible negar la interrelación de derechos que existe dentro de las comunidades indígenas o tribales, la existencia de esta situación es un factor que determina que sean considerados grupos en situaciones de especial vulnerabilidad, ante

435 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149, Corte IDH *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 131.

436 Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, op. cit., párr. 160.

437 Corte IDH *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 159.

esta delicada postura una trasgresión directa o indirecta a la familia son situaciones que han ocurrido dentro de nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las transgresiones a este derecho serán tratadas en el siguiente apartado.

5. Transgresión del Derecho a la Protección Familiar

La finalidad del sistema de casos propio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana busca establecer o no la responsabilidad internacional de un Estado por la presunta violación de obligaciones contraídas desde el momento en que este formó parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y reconoció la competencia contenciosas de la Corte, no correspondiéndole a este órgano internacional analizar ni determinar responsabilidades individuales. En casos como Velásquez Rodríguez este tribunal ha indicado que las violaciones de los derechos establecidos en la Convención son atribuibles a un Estado cuando ellas son producto de una actuación u omisión de un órgano o funcionario del Estado o una institución de carácter público, así como también puede ser responsable por actuaciones realizadas por terceros cuando el Estado presenta una falta de “debida diligencia” para prevenir la violación o si estas son preválidas o permitidas por los poderes públicos.

Aclarados estos puntos y en relación con el tema principal de esta ponencia debemos realizar la siguiente pregunta ¿En qué momento y circunstancias se establece la responsabilidad internacional de un Estado por la violación al artículo 17 de la Convención?, es decir; ¿Cuándo un Estado es responsable por la violación del derecho a la protección familiar dentro del contexto de las Comunidades Indígenas?, para ello es menester tener presente unos puntos, en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 este tribunal estableció que “el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, ‘el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad’, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado’, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal”.⁴³⁸ Asimismo, como se señaló anteriormente, a partir del inciso 2 del artículo 11 y el 19 se consagra la protección de injerencias arbitrarias

438 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 66.

en la vida familiar y la protección del niño por parte de la familia la sociedad y el Estado. En base a estos criterios, en el caso Chitay Nech contra Guatemala, la Corte analizó si la obligación del Estado de proteger a familia había sido transgredida, este caso se desarrolló en el contexto de la desaparición forzada del señor Florencio Chitay Nech, quien era miembro de una comunidad indígena maya y debido a sus convicciones políticas empezó a recibir amenazas y hostigamientos hasta que en una ocasión llegaron a concretarse tales circunstancias con la desaparición forzada del señor Florencio, situación que determinó a que su esposa y sus 5 hijos se desplazaran por su seguridad de su ciudad natal hacia la capital guatemalteca; en el desarrollo del proceso una perito determinó que la desaparición del señor Chitay no solo significó un cambio de roles en el sentido de que el padre sobreviviente tuvo que asumir un doble rol dentro de la familia, sino que sobre todo impidió que los padres transmitieran sus conocimientos de forma oral conforme a las tradiciones a la comunidad maya a la que pertenecían, textualmente la precisión de esta especialista fue: “las familias mayas (...) nunca abandonan a sus hijos, siempre está con la mamá si es mujer,(...) con el papá (...) si es varón pues ya sabe corresponde hacer en su tiempo igual está allí junto al papá para ver cómo se prepara la tierra, cómo se clasifican semillas, cómo también es el tiempo de la lluvia, del verano, de la sequía, o de muchas inundaciones, y por ello es que (...) con (la pérdida de uno de los padres) también se corta un largo camino de aprendizaje y de educación oral”.⁴³⁹ La separación de Florencio Chitay de su familia implicaba un intromisión arbitraria tanto a nivel familiar como cultural pues interrumpió la transmisión de sus costumbres a sus hijos e invirtió los roles establecidos por estas. Con la exposición y determinación de las circunstancias en las que sucedieron los hechos se tuvo que la desaparición del señor Florencio había desembocado en la desarticulación de la estructura familiar a tal grado que parecería ser permanente, pues hasta el momento de la realización de la audiencia la esposa de la víctima y dos de sus hijos residían ahora en la capital del país mientras que los otros tres hijos restantes vivían en el extranjero, sin duda, la desaparición de Florencio repercutió de tal manera que significó que su familia terminase viéndose obligada a abandonar por completo sus costumbres y su forma de vida. En este caso el Estado se encontraba obligado a brindar protección a la familia e impedir injerencias arbitrarias, no obstante, al ser encontrado internacionalmente responsable por la

439 Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 160.

desaparición forzada de Chitay Nech, el desplazamiento forzado de su familia y la afectación cultural de sus hijos se tiene que Guatemala transgredió sus obligaciones y por tanto no propicio la protección requerida, motivo por el cual fue internacionalmente declarado culpable de la violación del artículo 17.

Otro caso práctico y que nos facilita el entendimiento de las circunstancias en que se transgrede el derecho a la protección familiar en las comunidades indígenas es el caso Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Ranibal también contra Guatemala, el acotado se desarrolla en un contexto de ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, omisiones de auxilio, detenciones ilegales, desplazamiento forzado y trabajos forzados, en el mencionado caso se llegó a determinar que 22 personas fueron víctimas de desapariciones forzadas, lo que llevó a determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 4 y 5 de la CADH, asimismo la Corte Interamericana señaló que en casos de desapariciones forzadas se entiende que a los familiares de las víctimas se les haya generado severos sufrimientos ocasionados por la incertidumbre de conocer lo sucedido con sus familiares o la negativa de las autoridades para brindar información que pueda servir para conocer si sus parientes están vivos o no, esta situación (de desapariciones forzadas) sumada a la del desplazamiento forzado que sufrieron los familiares impidió que estas personas pudiesen enterrar a sus muertos de acuerdo con sus creencias y permitió también la desintegración de sus familias; para los miembros de la comunidad maya achí la falta de la sepultura significaba el rompimiento de reciprocidad y armonía entre los vivos y los muertos pues según se explicó en un informe dentro del proceso “en la cultura maya achí existe entre vivos y muertos. Los vivos están encargados de velar, dar digna sepultura a los muertos y llegar a visitarlos en los días señalados para ello. Los entierros se llevan a cabo por la familia y la comunidad con rituales para acompañar el paso entre la vida y la muerte. A su vez, los difuntos y los ancestros, en una relación de reciprocidad se encargan de proteger a los vivos, dándoles avisos y consejos para su vida diaria. Las relaciones de reciprocidad y armonía están también presentes entre la naturaleza, el cosmos y los seres humanos”.⁴⁴⁰ La Corte Interamericana, en un

440 Como se cita en Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328. párr. 165, “Informe sobre el daño a la salud mental (moral)” elaborado por la psicóloga Nieves Gómez Dupuis, 5 de mayo de 2010.

fallo coherente, determinó que Guatemala había violado el derecho a la protección familiar.

La interrelación de derechos que se viene explicando claramente se puede entender en estos casos analizados, pues las desapariciones de personajes importantes dentro de una de estas colectividades, el desplazamiento forzado de sus territorios ancestrales, o el impedimento de practicar sus costumbres de acuerdo con sus culturas o también la desintegración de los vínculos familiares establecidos bajos sus propias concepciones, generalmente son la génesis una de otra de estas situaciones, la concurrencia de uno implica la de otro.

Ahora bien, el último punto a analizar trata sobre las transgresiones de los derechos de los niños pertenecientes a estas comunidades. La Corte ha señalado que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional a los Estados que consiste en promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma, asimismo también en el caso ya analizado de Chitay Nech se reconoció que la identidad cultural de los hijos de la víctima fueron transgredidos debido a que los Estados presentan una obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas.⁴⁴¹ Por otro lado, en el caso Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay, a partir del contexto de la venta por parte del Estado de los territorios propios a la comunidad y los posteriores intentos fallidos de reivindicación, en el transcurso del señalado caso se indicó que los niños pertenecientes a la comunidad habrían sufrido con especial rigor las nuevas condiciones en las que se encontraba la comunidad Xákmok pues se llegó a determinar que la falta de una alimentación adecuada generó que los niños presentarían afectaciones en su desarrollo y crecimiento; así como también consta para la Corte que las vacunas que recibieron estos niños no fueron realizadas de acuerdo con los estándares internacionales o simplemente no se realizaron, la Corte también señaló que estos niños al encontrarse en estas situaciones de desplazamiento se vieron impedidos de ejercer sus ritos de iniciación femenino o masculino o de desarrollar la especial realización que tenía su comunidad con su territorio.⁴⁴² Este escenario en que se encontraron los niños en el cual se les impidió que puedan desarrollar su identidad cultural sumado a los percances adicionales que les causaron; fueron argumentos sufi-

441 Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 168.

442 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. párrs. 259 y 263.

ciente para que la Corte IDH declarase que Paraguay había violado el artículo 19 de la CADH.

La obligación estatal de garantizar la vida cultural de los niños debe imponer tanto obligaciones positivas como negativas para los Estados, positivas en el sentido que desarrollen políticas y tomen acciones para garantizar la preservación de la cultura de los niños parte de comunidades indígenas, y negativas en relación con que deben abstenerse a realizar actos que atenten contra ellos, si tomamos esta “obligación especial” precisada en tan citado caso Chitay Nech en relación con el caso Masacres de Río Negro contra Guatemala, en cual (dentro de los diversos hechos) ocurrieron sustracciones de menores pertinentes comunidades y posteriores trabajos forzados a los que fueron sometidos por parte de patrulleros civiles, podemos tener claro que no fue respetada tal obligación puesto que los niños se vieron obligados a vivir en ambientes extraños, hostiles, lejos de sus familias e incluso con nombres distintos a los verdaderos, estos niños vivieron situación extracción de su seno familiar, de sus comunidades originarias, y se vieron forzados vivir y trabajar en ambientes ajenos a sus concepciones, en este caso el Estado al haber sido encontrado responsable por las desapariciones forzadas y transgresiones a la integridad personal y a la prohibición de la esclavitud en relación con estos menores es que se declaró que había transgredido las obligaciones establecidas en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴⁴³

6. Conclusiones

- La familia como un constructo social ha ido variando definición y partes a la par de la evolución de la sociedad, pasando por unos conceptos restrictivos que delimitaban esta figura a únicamente a una estructura conformada por solo por un hombre y una mujer que procrean hijos hasta las más incluyentes que tenemos en la actualidad en la que se da más importancia a delimitar que entran a esta categoría aquellas estructuras que se basen en relación de cierto fines, tales como la cuidado y el sustento.
- Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han dado grandes pasos para el reconocimiento de todas las clases familia, dentro de las cuales están incluidas aquellas formas propias a cada una de las distintas estructuras que existan en las diversas regiones del continente.

443 Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, op. cit., párrs. 146-150.

- Cuando un Estado forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es susceptible de ser encontrado internacionalmente por la trasgresión de un derecho establecido en la Convención si es que incumple o viola sus obligaciones.
- Dentro de las comunidades indígenas o tribales su cultura se encuentra interrelacionada a tal grado que tanto la familia, el territorio, las prácticas consuetudinarias, las costumbres depende en cierto grado de la preservación una de la otra, lo que asimismo implica que la sola trasgresión de estos de estos derechos repercute en los demás.
- En casos como Chitay Nech o caso Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Ranibal vimos que el desprendimiento por parte de estas comunidades de personajes que representan un papel importante dentro sus cosmovisiones o de los territorios ancestrales generan una afectación en la vida familiar en que se desarrollan.
- Así también, del mismo caso Chitay Nech entendemos que los Estados tiene la especial obligación de “garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas”, obligación que logramos ver que fue transgredida en casos como Comunidad Xákmok Kásek o Masacres de Río Negro porque los niños pertenecientes a estas comunidades fueron impedidos de desarrollarse conforme a sus culturas y creencias.

7. Bibliografía

- Borda, Guillermo. *Manual de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Perrot, 1996.
- Rospigliosi, Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de Familia La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Yungano, Arturo. *Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Edición Jurídicas, 1989.

7.1. Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.
- Corte IDH *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124.

- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214
- Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de setiembre de 2012, Serie C No. 250.
- Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

7.2. Opiniones Consultivas

- Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Comité de Derechos del Niño
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia (2005), 40° periodo de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de setiembre de 2005, CRC/C/GC/7, 20 de setiembre de 2006.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer
- Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), 13° periodo de sesiones, 04 de febrero de 1994.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Case of Keegan vs. Ireland, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290.
- Case of Kroon and Others vs. The Netherlands, judgment of 27 October 1994, Series A no. 197.

La construcción de los Derechos sexuales de los NNA en la jurisdicción indígena⁴⁴⁴

*Misael Tirado Acero*⁴⁴⁵

1. La evolución de la perspectiva constitucional con respecto a las jurisdicciones indígenas dentro del marco de la Constitución Política de 1991

La Constitución Política de Colombia de 1991 se caracterizó por ese gran impulso humanista que representa la entrada en vigencia dentro de la constitucionalidad efectiva de los derechos fundamentales (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). La jurisdicción indígena se manifestó como uno de sus desarrollos más importantes, adelanto que fue recibido con mucho entusiasmo por parte de la comunidad académica nacional e internacional en su momento, dada su concepción evolucionada de la interacción que debería tener el Gobierno mayoritario con las minorías étnicas (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. art 7). De manera que para comprender el proceso histórico de la jurisdicción indígena en Colombia es necesario analizar la forma en la que se formuló desde el inicio de esta Constitución de 1991 y sus trabajos preparativos, reconociendo a partir de ella las condiciones de multiculturalidad que definen a nuestra nación.

El impulso con el que inicia el análisis de la auto determinación indígena se vio aminorado con el paso de los años de la Constituyente, en los cuales se les dio mayor relevancia a otros temas, lo

444 Este artículo es producto del Proyecto de Investigación INV-EES 3174 “Crimen Organizado y Seguridad” financiado por la Universidad Militar Nueva Granada para la vigencia 2020.

445 Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Evaluación Social de Proyectos de la universidad de los Andes. Especialista en Economía de la Universidad de los Andes. Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Grupo Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas RESCYPP. Docente Tiempo Completo de carrera de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Par evaluador Minciencias, Consejo Nacional de Acreditación - CNA, Integrante Sala de Evaluación de Administración de Empresas y Derecho de la CONACES – Ministerio de Educación Superior. Consultor Naciones Unidas.

anterior no es óbice para que se pueda considerar que el proceso de la jurisdicción indígena se haya convertido en un proceso irreflexivo. Por el contrario, representa un conjunto de conceptos e ideas que han evolucionado brindándonos una perspectiva más realista de las implicaciones que tiene la jurisdicción y las obligaciones que de estas surgen, la cual ha variado mucho desde la concepción omni-liberadora que parecía desarrollarse al principio de la lucha por la autodeterminación de los pueblos, por allá en los inicios de la década de los 90.

Podemos en alguna medida considerar que la apreciación que tenían los constituyentes al inicio del proceso con respecto a las capacidades de autodeterminación de los pueblos indígenas, respondían a la necesidad de implantar un nuevo modelo que para entonces contradecía fuertemente la tradición y las leyes a las que el pueblo acostumbraba, de ahí que parecieran proteger a capa y espada la libertad de los indígenas a auto determinarse según consideraran y poco se discutía sobre los límites de dicha figura, concepción que no perduró mucho en el tiempo, puesto que la mera observación de casos dio como resultado la evidente necesidad de ejercer una cierta vigilancia sobre dichas jurisdicciones, con la finalidad de que estos procesos internos de las comunidades, ayudaran al Estado a velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes ejerciendo sobre los menores una protección material y efectiva que los resguarde en todo caso contra la impunidad, inclusive por encima de sus creencias o las de su comunidad.

2. La idea pluralista de justicia dentro de la jurisdicción colombiana y sus implicaciones en el proceso de desarrollo desde la cultura políticamente unificada

La idea de Justicia cumple una función muy importante dentro del desarrollo del sistema jurídico tal y como defiende José Luis Serrano (Serrano, 1999) reconociendo la autorreferencia del sistema jurídico, es decir que como explica Luhmann discutiendo sobre la teoría de la autoconciencia: no puede haber un criterio externo de autodeterminación y, así mismo, todo lo que determina el sistema internamente es a su vez controlado por otros elementos del sistema⁴⁴⁶, y que por tanto toda norma fundamenta su vigencia únicamente a

446 Ver Varela, "A Calculus for Self-Reference", *International Journal of General Systems* 2 (1975), pp. 5-25. También, Jean Pierre Dupuy, "Le signe et l'envie", en Paul Dumochel y Jean Pierre Dupuy, *L'enfer des choses: René Girard et le logique de l'économie*, Paris, 1979, p. 97 et sig.

partir de la existencia de otra norma superior que la valida, relación que concatena todas las normas del sistema y que aplica para todas las modalidades de normas dentro del ordenamiento constitucional según explica Kelsen (Serrano, 1999, p. 23). Lo anterior explica que la única forma en la que podemos juzgar la bondad o maldad de una norma, es trayendo a colación un sistema moral que existe de forma coherente junto al sistema jurídico puesto que el sistema jurídico al estar constituido únicamente por leyes no se puede permitir hacer juicios morales, siendo necesario traer a colación un sistema moral que nos permita ejercer algún tipo de juicio con respecto a la validez moral o ética de una norma jurídica (Serrano, 1999, p. 18).

La idea de Justicia como construcción moral de una comunidad tiene todo que ver con el desarrollo de su normatividad y de cómo comprender la realidad jurídica en la que se desarrolla, puesto que delimita el marco dentro del cual las normas son evaluadas en términos de legitimidad y validez interna del sistema jurídico (Serrano, 1999, p. 17).

La idea de Justicia como eje central desde donde se desglosan la totalidad de manifestaciones de la filosofía del derecho, demuestra la importancia que tienen las condiciones morales del individuo cuando la comunidad le reprocha su conducta, dejando en claro que la idea de justicia tal y como defiende José Luis Serrano destaca por su contenido moral (Serrano, 1999, p. 19), demostrando que solamente a través del reconocimiento de la concepción que tiene una comunidad sobre ciertos valores es posible apuntar a un juicio objetivo que respete la forma en la que el individuo está llamado a desarrollarse dentro de su grupo social. Sin el análisis de la moralidad dentro de la toma de decisiones en justicia, esta se convierte en una manifestación de poder desde la ideología dominante.

Cuando se está discutiendo acerca de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes y específicamente refiriéndonos a la violencia sexual, el margen principal de aplicación que se debe demostrar es la evasión bajo toda circunstancia de la impunidad, a tal punto que en el caso de generarse algún índice de impunidad con respecto a un delito sexual sobre un menor de edad de 18 años en una jurisdicción indígena, el Estado mayoritario gana validez aún por encima de la jurisdicción indígena para intervenir en protección de la integridad del menor.

3. El pluralismo jurídico colombiano como consecuencia de la posmodernidad

La posmodernidad encierra en sí misma múltiples modificaciones profundas dentro de la concepción de la vida por parte de la civilización occidental que representa un proceso multidimensional que se desarrolla en diferentes etapas y del cual incluso es difícil rastrear su inicio.

Estamos acostumbrados a hablar de la posmodernidad a partir de mayo del 68, donde la clase académica, empoderada por una serie de intelectuales, logra hacerse preguntas e imponer un canon de pensamiento crítico dentro de la academia de su época. Sumado a esto, la posmodernidad tuvo como contexto el inicio del capitalismo tardío dentro del cual las diferentes manifestaciones tecnológicas a las cuales nosotros veníamos acostumbrados se vieron evolucionadas poco a poco por el mejoramiento de diferentes técnicas de producción; de mejores aparatos y mejores materias primas, mediante las cuales nosotros podíamos prestar mejores servicios a partir de nuevos y diferentes objetos tecnológicos. Esto dio como resultado el rompimiento de múltiples barreras de carácter geográfico que definían la forma del mundo previo a la posmodernidad, demarcando la entrada a la globalización, pasando de existir en un mundo donde absolutamente todo se encontraba alejado al mundo de la comunicación instantánea dentro del cual ni siquiera las barreras físicas pueden aislar a las personas de la comunicación.

Es en esta sociedad convulsa y repleta de cambios donde surge el pluralismo jurídico, única alternativa sustentable a las modificaciones profundas en la concepción de la política nacionalista tradicional, con lo cual la posmodernidad y la globalización demarcan el camino de nuestra civilización acercando cada vez más a diferentes culturas (Bauman, 1998, p. 133), ejercicio que demuestra que cada vez se considera menor el rango de importancia que se le da a la diferencia entre las diversas formas de pensamiento y que la colaboración armónica de una gran cantidad de seres que se comunican de manera constante parece tener mejores consecuencias para el planeta y para el desarrollo de nuestros intereses como civilización (Harari, 2018).

Se hace necesario entender que la idea del pluralismo jurídico es en todo caso una consecuencia de la posmodernidad, que no se puede entender como un diálogo desde el cual la autoridad mayoritaria, por no denominarla occidental, cede desde su infinito poder un fragmento de este para entregárselo a su pobres protegidos, los pue-

blos minoritarios. En realidad el pluralismo jurídico lo que representa es una concepción más avanzada de las condiciones reales del país en que nos desarrollamos, donde se ubican un total de 106 pueblos indígenas a lo largo del territorio nacional (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2019) y un aproximado de 68 lenguas nativas habladas por cerca de 850.000 personas de las cuales 65 son de grupos indígenas⁴⁴⁷, demostrando que el proceso de colonización tiene muchos bemoles que poco se explican cuando se cuenta la historia de nuestra nación.

El pluralismo es, entonces, la aceptación de que las diferentes concepciones ideológicas del mundo poseen en sí mismas un cierto ápice de validez, derivada claro está de la dignidad humana como condición fundante del valor de la vida y la libertad de los seres humanos (Kant, 1781), y consecuentemente se reconoce la imposibilidad de ejercer el poder político mayoritario sobre una comunidad regida por una concepción cosmogónica diferente.

El pluralismo jurídico aplicado a la violencia sexual representa el contexto comunicativo en el cual dos ideologías diferentes, una mayoritaria y una minoritaria, logran interactuar con la finalidad de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes al correcto desarrollo sexual y a la protección de estos ante cualquier forma de impunidad.

No confundamos entonces, a la jurisdicción indígena con un proceso en donde el Estado mayoritario solventa las necesidades de las comunidades indígenas, que considera, carecen de la posibilidad de ejercer sus propios actos jurídicos, sino por el contrario es un contexto donde el Estado mayoritario aprovecha las capacidades internas de las jurisdicciones indígenas para mejorar las condiciones de juzgamiento mediante la legitimidad que le da el resguardo y consecuentemente con esto lograr una mejor persecución de los fines del Estado y la Constitución.

4. Finalidad e importancia de la jurisdicción indígena

Las comunidades indígenas en su desarrollo político y cultural se rigen a partir de *La ley de origen* entendida como: “*La ciencia tradicional de la sabiduría y del conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y lo espiritual*” la cual repre-

447 El DANE (2018) reporta que la población que se auto reconoce como indígena de 1.905.617, con 115 pueblos indígenas, de los cuales solo 756.588 hablan la lengua nativa de su pueblo (64.7%), con 66 idiomas y un sinnúmero de dialectos. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>

senta no solo los principios cosmogónicos sino que determina los valores fundamentales que rigen a las comunidades como formas de organización a través de sus imaginarios colectivos, condicionando los usos del suelo, las labores y actividades diarias, y las formas de procedimiento a través de procesos ideológicos que delimitan el ejercicio de sus libertades. Esta ley de origen posee entonces un fuerte arraigo cultural, que afianza la identidad étnica y la existencia de las comunidades indígenas, por lo que es legitimada por los pueblos indígenas estableciendo un punto de partida no coactivo en el sistema de normas de las comunidades ancestrales. (Consejería de Educación Propia e Intercultural, 2018, pp. 15-17).

De lo anterior se desprende que la jurisdicción especial se encuentre protegida por el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, organismo mediante el cual se busca hacer materiales las directrices dadas (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas) más allá de su carácter formal y vinculante, determinando normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos.

Así, en concordancia con las Naciones Unidas, *“La Declaración orienta normalmente a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos, en concreto en el establecimiento de medios para atender mejor las reclamaciones que presentan”* (Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento, 2017, pp. 3-4).

Una vez superada la falsa concepción de la jurisdicción indígena como una serie de derechos otorgados a partir de una autoridad central a las minorías, es necesario realizar un análisis profundo que permita rendir cuenta de la importancia de la función más allá del deseo de autodeterminación de los pueblos.

También es necesario tener en cuenta la finalidad de la pena, la cual dentro del Estado colombiano apunta a la resocialización, concepción que no necesariamente es compartida por la mayoría de los colombianos, pero que representa la queja social que busca en alguna medida el resarcimiento del daño causado por el autor de la conducta punible. En el caso específico de las comunidades indígenas, la finalidad de la pena tiene que ver con el proceso de identidad cultural en el cual la comunidad como única autoridad válida para decidir sobre los derechos de los individuos de esta, busca imponer una pena que además de castigar, resocializa en términos de la moral comunitaria y contribuye al mejoramiento de la situación del grupo

social, donde restaurar el equilibrio o armonizar nuevamente se convierten en propósitos dentro de una justicia propia.

5. La violencia sexual en el contexto de los resguardos indígenas

La violencia sexual comprende todo acto en el que, mediante la imposición de la fuerza física o valiéndose de estigmatización psíquica o moral, se ejerce sobre una persona con el fin de obligar a una actividad con fines de satisfacción sexual por encima del consentimiento atentando contra la libertad, la integridad y la formación sexual de la víctima. Por ser un acto de sometimiento y anulación de la voluntad de la otra persona, los mayores índices del delito se cometen en contra de personas que son percibidas por el imaginario social como vulnerables como lo son los NNA (Tirado, M. Bahamón, M. Cujabante, X., 2020)

Las situaciones de violencia sexual se agravan en lo referente al conjunto de los NNA, puesto que no se cuenta aún con un sistema de tratamiento diferenciado “ideal” para las agresiones sexuales en contra de menores de 14 años que cuentan con una sanción penal mayor, perspectiva donde es común que se restrinja la participación del menor, aislándolo incluso del restablecimiento de derechos evitando que este ejerza como partícipe en su propio proceso (Daza Rojas, 2019, p. 183). Si a este contexto de victimización, por el simple hecho de recaer sobre un o una menor de edad, se le agregan las implicaciones de pertenecer a una etnia indígena y desarrollar su vida dentro de los límites y la jurisdicción de su resguardo⁴⁴⁸, la situación se agrava todavía más puesto que entran a colación otras problemáticas como el choque de jurisdicciones y las implicaciones de las decisiones que sean tomadas en el marco de la cultura del resguardo, lo cual puede con facilidad dar como consecuencia un proceso que invisibiliza la agresión dirigiéndose a otras manifestaciones de la misma problemática.

448 “son propiedad colectiva de las comunidades indígenas a favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los resguardos indígenas son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. (Artículo 21, decreto 2164 de 1995)”. Ministerio de Interior. <https://www.mininterior.gov.co/content/resguardo-indigena>

A pesar de esto, el proceso de reconocimiento jurisprudencial de la jurisdicción indígena lleva su curso con el desarrollo de nuestra Constitución poniendo en evidencia la relevancia que la Constitución está llamada a darle a la protección eficiente y material de los derechos de los menores indiferentemente de sus conformaciones culturales o cualquier otra característica.

La intervención de la jurisdicción ordinaria en casos de violencia sexual sobre comunidad indígena con respecto a NNA, ha dejado pronunciamientos de vital importancia para establecer una comprensión de las comunidades indígenas y el establecimiento de medidas de protección. A continuación, se relacionan algunos de los referentes básicos para comprender los desarrollos jurisprudenciales y el contexto jurídico donde nos ubica la discusión:

En la sentencia T-254/94:

La Corte Constitucional delimitó la discusión de la legitimidad de la jurisdicción indígena estableciendo que se puede limitar la autonomía de los pueblos únicamente cuando “su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad” (Sentencia T 254, 1994), lo cual pone fin a la posibilidad de impunidad que se esconde sobre el gobierno absoluto de las autoridades comunitarias, abriendo paso a la posibilidad de que su gestión y el cumplimiento de los fines del Estado con respecto a los NNA sea evaluado por parte del gobierno mayoritario.

En la sentencia T-617/10

La Corte establece un marco de autonomía de las comunidades étnicas en el que “El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad. Sin embargo, cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad” (Sentencia T 617, 2010).

Consecuentemente con esto, se considera que la jurisdicción indígena opera a partir de la observación de criterios en 4 factores distintos:

- (i) El personal
- (ii) El geográfico
- (iii) El objetivo
- (iv) El institucional

Lo que significa que la activación y la validez de las actuaciones de la jurisdicción especial surgen de un análisis completo de estos cuatro criterios, demarcando la posibilidad de que se den casos don-

de la autoridad jurisdiccional indígena no cumpla efectivamente con las medidas para la protección de los derechos de los NNA, siendo que en estos casos la jurisdicción ordinaria pueda conocer el caso.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, acorde a la Sentencia STC 7111 explica:

“Corresponde a la jurisdicción ordinaria, y no a la especial indígena, conocer los casos de violencia sexual cuando las víctimas son niños y mujeres, por ser considerados sujetos de especial protección, y atañe al Estado, a través de sus instituciones, prevenir, investigar y sancionar las agresiones de las que hayan sido objeto”. Así lo dejó claro la Corte Suprema de Justicia señalando además que, si bien la integridad sexual de los niños es un bien jurídico compartido por las dos jurisdicciones (la ordinaria y la especial) no podría perderse de vista que en los casos donde la víctima de agresión sexual tenga la doble condición (ser mujer y menor de edad), obliga al “Estado a garantizarles sus prerrogativas superiores, dando aplicación al principio de la prevalencia de estos frente a los demás”. (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Lo cual demuestra que el desarrollo de la perspectiva de la Corte ha dado como resultado una posición diferencial que apunta al reconocimiento de las calidades de los menores y los partícipes de las comunidades indígenas determinando así límites a la diversidad étnica mediante acciones de la jurisdicción ordinaria bajo el umbral de la protección de los derechos humanos, estableciendo la primacía de la dignidad humana sobre la coexistencia jurisdiccional.

Lo cual demuestra en palabras de Burgos Guzmán que la Corte Constitucional en sus diferentes providencias ha pasado de tener un grado de prevalencia a un grado moderado, lo cual se refleja en los diversos pronunciamientos que recién expedida la Constitución Política, los magistrados defendían al máximo los derechos reconocidos a las comunidades indígenas, y que con el paso del tiempo han venido ponderando hechos y derechos (Burgos Guzmán, 2008).

Con lo anterior, es evidente que los delitos sexuales contra NNA en comunidades indígenas, son una problemática que pone en entre-

dicho lo que tradicionalmente se entiende como jurisdicción, especialmente en lo que se refiere al *Ius Puniendi*, categoría que usualmente está únicamente en cabeza del Estado mayoritario, a pesar de lo cual la jurisdicción indígena se encuentra capacitada desde lo constitucional para establecer castigos de índole penal por dichas conductas, mismas que se desprenden de una cosmovisión propia protegida por un claro mandato constitucional (Valbuena, 2014) y por el marco internacional de los derechos humanos, específicamente a través del Convenio 169 de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de la Organización Internacional del Trabajo, que fue ratificado por Colombia, a través de la Ley 21 de 1991 (ONIC, 2005).

Así, debe quedar en claro que si bien el artículo 246 de la Constitución Política de 1991 les entrega facultades especiales a las autoridades de comunidades étnicas para ejercer sus propias normas y procedimientos, dicha potestad solo se puede ejercer cuando estas no resulten contrarias a la Constitución y leyes de la República” (Valbuena, 2014).

Ante esto, la Corte Constitucional explica:

“Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1). A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; 2). Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; 3). Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural; y 4). Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas” (Sentencia T-254, 1994).

Nótese como la validez de dicha autoridad indígena no puede considerarse por fuera de los límites de la Constitución Política y sus principios, creando con esto un límite a la autodeterminación en búsqueda de proteger de la mejor manera posible los derechos de las personas, en especial sujetos de especial

protección como son los NNA donde es evidente que tal y como describe Valbuena que “hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural” (Valbuena, 2014); dichos valores culturales no pueden ponerse por encima de la dignidad del individuo.

No obstante, es necesario poner en evidencia que la relación existente entre las jurisdicciones, dista mucho de ser perfecta, es de indicar que los pronunciamientos acerca de las comunidades indígenas y su rol jurisdiccional se han restringido al establecimiento de límites en asuntos de conocimiento y competencia, dando como resultado una versión del pluralismo jurídico en el que coexisten expresiones soberanas que a veces se reconocen y a veces no (Tirado, 2018).

Muchas veces la falta de autoridades constantes que se encarguen de desarrollar los procesos de investigación y persecución de los culpables, retardan las investigaciones dejando que los procesos caigan con facilidad en la impunidad, e incluso dejando muchas investigaciones cuando estas ponen en peligro la estabilidad de la comunidad o a sus dirigentes. Sumado a problemáticas como el desplazamiento forzado que según el Plan Decenal señala que la segunda población con mayor índice, son miembros de comunidades indígenas, resultando en la pérdida de la identidad ancestral o el establecimiento de una comunidad indígena que tiende a interactuar y reaccionar a marcadores de contexto que no garantizan un marco mínimo para la dignidad humana; al menos el 1,27% de la población indígena nacional – que corresponde a 169.884 personas – han sido víctimas de desplazamiento (Consejo Superior de la Judicatura, 2017, pp. 441-443).

Lo cual demuestra que la necesidad del establecimiento de un diálogo inter jurisdiccional es una posibilidad para la garantía de derechos y la investigación oportuna de delitos sexuales contra NNA, que debe pensarse a partir las diversas manifestaciones de violencia que pueden afectar a esta población, lo cual pone sobre la mesa la necesidad de dar paso a la concepción de un pluralismo pleno que permita el respeto de las identidades diversas y con eso, una mejor manifestación del Estado en su calidad de garante de los derechos fundamentales.

7. Conclusiones

Queda claro que las jurisdicciones indígenas representan herramientas para la sociedad a partir de las cuales les es posible comprender las manifestaciones ideológicas individuales que resultan determinantes al momento de reprochar la conducta de un individuo, conclusión que resalta el carácter social de la pena sin que por esto se tengan que sacrificar los procesos de restauración de las víctimas y del conjunto social que se vio afectado por el delito. Con esto es evidente que el Estado colombiano se ha encargado de pulir poco a poco las herramientas que le permiten interactuar con las culturas minoritarias, sus diferentes formas de comprender el delito y sus implicaciones sociales.

En lo referente a los delitos sexuales resalta el valor preponderante que el sistema constitucional colombiano le da a la protección del bienestar y correcto desarrollo sexual de los menores de edad, protección que por su importancia gana un carácter supra legal atándose al margen constitucional y por tanto superando en valor a cualquier norma de carácter local o territorial, incluidas en este conjunto las normas que surgen de la concepción ideológica de las diferentes comunidades étnicas que existen en nuestro país, lo cual capacita a la jurisdicción mayoritaria hacia la intervención dentro de los procesos tribales en las situaciones en las que dicha jurisdicción propicie o genere un campo de impunidad con respecto a las agresiones sexuales.

Así, sin hacer mención de procesos referentes a la idoneidad o perfección de este tipo de herramientas colaborativas que se generan entre las jurisdicciones, es evidente que representan un trabajo importante y virtuoso que por tomar en cuenta las calidades culturales e ideológicas de los individuos permite un trato diferencial que se manifiesta en una sensación de cercanía por parte de los administrados a esa figura fría y vetusta que muchas veces parece ser el Estado.

8. Bibliografía

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitucion politica 1991*. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Bauman, Z. (1998). *La globalizacion*. Mexico D.F.: Fondo de cultura economica.
- Becerra, C. (2006). La Jurisdicción Especial Indígena y el Derecho Penal en Colombia: Entre el Pluralismo Jurídico y la Autonomía Relativa. *En Revista El Otro Derecho*, 213-236.
- Burgos Guzmán, F. E. (2008). Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver. *Revista Derecho del Estado*, 21, 95-108.

- Consejería de Educación Propia e Intercultural. (2018). *Documento de línea base. Construcción de Plan de Fortalecimiento Cultural*.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2017). *Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017-2027*. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>
- Corte Constitucional, Colombia. (1994). *Sentencia T-254*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Colombia. (2010). *Sentencia T 617*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia, Colombia. (2018) Sentencia STC 7111 de 31 de mayo de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.
- Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento. (2017). *Situación de las mujeres indígenas en Colombia en riesgo o víctimas de conflicto armado*.
- Daza Rojas, J. M. (2019). *El proceso penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima es menor de 14 años*. Bogotá, Colombia.
- Harari, Y. N. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*. Spiegel & Grau.
- Kant, I. (1781). *Crítica de la razón pura*. Madrid: Taurus.
- ONIC. (2005). *Informe Final de la primera fase de la Consulta Nacional sobre la Ley de Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas de Colombia – Contrato 079 de 2005 (Consejo Superior de la Judicatura y ONIC)*. Bogotá: ONIC.
- Organización Nacional Indígena de Colombia. (agosto de 2019). <https://www.onic.org.co/onic>. Obtenido de <https://www.onic.org.co/pueblos>
- Serrano, J. L. (1999). *Validez y vigencia*. Madrid: Trotta.
- Tirado, M. (2018) “Delitos sexuales contra menores de edad en comunidades indígenas: choque jurisdiccional por sujetos de especial protección constitucional”. En: Hernández, C. Rincón, E. Morantes, C. (2018) *La Cuarta Revolución y el Derecho*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica - Universidad Libre Seccional Socorro-Santander
- Tirado, M. Bahamón, M. Cujabante, X., (2020) “Retos en el Pluralismo Jurídico Colombiano: Diálogos Jurisdiccionales sobre los Delitos sexuales contra menores niños, niñas y adolescentes en comunidades indígenas para la garantía de una protección especial” En: *Pluralismo jurídico, derechos humanos y perspectivas críticas de la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valbuena, M. (2014). *La Jurisdicción Especial Indígena y el Derecho Penal en Colombia*. Bogotá: Observatorio de Política Criminal de la Universidad Nacional de Colombia.

ISBN 978-987-3810-41-1



9 789873 810411