



Universidad Nacional de San Luis
Facultad de Ciencias Económico Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía, Procurador y Tuaj.
Asignatura: Derechos Humanos y Ciudadanía

Documento de cátedra
preparado por la Prof. Gabriela Ricart

UNIDAD N° 5

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

I. ESTUDIOS DE GÉNERO: 1. Grupos vulnerabilizados. 2. Movimientos feministas en la historia. 3. Los conceptos de la teoría feminista. 4. Interseccionalidad. 5. Teoría Queer. 6. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 7. Violencia de género. Tipos y ámbitos estipulados por la ley N° 26.485 modificada por la ley 27533.

II. PUEBLO INDÍGENA: 1. Historia de una masacre. 2. Racismo y Etnicidad. 3. Reconocimiento normativo e institucional de las comunidades originarias. 4. La definición de pueblo indígena en los instrumentos internacionales. 5. Identidad y Territorio. 6. Régimen de tierras, territorios y recursos. 7. Convenio sobre la Diversidad Biológica.

III. LAS INFANCIAS: 1. Concepto de Infancia. 2. La visibilidad de la infancia. 3. Desarrollo normativo. 4. La Convención internacional de los Derechos del Niño: Principios contenidos en la Convención: el Interés Superior del Niño.

La presente unidad ha sido elaborada por la responsable de la asignatura Derechos Humanos y Ciudadanía de la carrera de Abogacía, Prof. Gabriela Ricart en el año 2023.

I. ESTUDIOS DE GÉNERO¹

1. Grupos vulnerabilizados

Cualquier situación de vulnerabilización es un problema social que requiere ser puesto en tensión. La vulnerabilización de los grupos o colectivos vinculada a las desigualdades, presenta la posibilidad de sufrir menores oportunidades o mayor violencia. La idea de vulnerabilidad aparece en los instrumentos internacionales de derechos humanos reafirmando derechos a grupos, dando cuenta de la desigualdad en su goce.

La idea de “los vulnerables” refiere a situaciones de indefensión individual desde el sujeto. Se entiende que es más apropiado hablar de vulnerabilización, dejar de mirar lo vulnerable como una condición del sujeto y pensarlo como una consecuencia del contexto. Camarotti y Kornblit (2015, p. 217) han dado cuenta de que “las personas no son vulnerables, sino que están vulnerables”. Y en ese sentido constituye un proceso en donde se articula lo individual con lo social, por ello el contexto social, político y cultural afecta a los sujetos exponiéndolos a situaciones de riesgo.

Para entender la complejidad de las situaciones de vulnerabilidad no alcanza con normas o con mayor información, se debe comprender los elementos estructurales de la sociedad que dan continuidad a las situaciones de desigualdad en que se hayan los sujetos.

En los próximos párrafos se aborda el estudio de las vulnerabilizaciones vinculadas al género.

2. Movimientos feministas en la historia

Para adentrarnos en los estudios de Género concepto clave de la teoría feminista, hay que partir por entender que es el feminismo. El feminismo es un movimiento social y político. Como tal se encuentra enmarcado dentro de la acción colectiva por el cual las personas realizan esfuerzos para influir en la distribución de poder. Manuel Garretón ha conceptualizado los movimientos sociales como “acciones colectivas con alguna estabilidad en el tiempo y algún nivel de organización orientados al cambio o conservación de la sociedad o de alguna esfera de ella” (Garretón, 2001, p.14). Ahora bien, los colectivos feministas abordan las reivindicaciones de justicia para las mujeres, entendida como igualdad entre mujeres y hombres en tanto personas humanas, toman

¹ Algunos conceptos utilizados en el primer apartado se extrajeron de la ponencia “LAS MÚLTIPLES SUBORDINACIONES EN EL SISTEMA PATRIARCAL”, autoras Vilchez-Ricart presentada en el XX Congreso Nacional y X Latinoamericano de Sociología Jurídica, 2019. La Pampa

conciencia de la dominación masculina a la que están sujetas, buscando la transformación social.

Como grupo o colectivo con demandas explícitas sus iniciativas se pueden ubicar a fines del siglo XVIII. No es que tales iniciativas antes no existieran, pero ellas eran individuales o si no lo eran tenían escaso impacto, no resultando un problema para el orden social vigente. Varias investigaciones estudian el movimiento feminista según las distintas etapas históricas a las que llaman “Olas” haciendo foco en reivindicaciones puntuales. Autoras como María Luisa Feminias (2007) interpretan que dichas etapas no se pueden aplicar al estudio Latinoamericano, pues los contextos son diversos al europeo y al de EEUU, pues “la sociedad latinoamericana está fundada sobre tres raíces poblacionales fundamentales: la autóctona indígena, la europea “blanca” y la “negra” (p.11).

La primera Ola se ubica en el periodo que va de finales del siglo XVIII a mitad del siglo XIX, llamado feminismo ilustrado. Se resaltan las reivindicaciones que las mujeres de la revolución francesa hicieron, demandando para sí los derechos y libertades esenciales definidos por los hombres de la revolución. Aquellos nacidos del ideario pactista por la cual se reivindican derechos por el solo hecho de ser humanos y que sin embargo las mujeres no gozaban. Las feministas de aquellos años instalan la idea de vindicación, es decir, pedir para sí, para las mujeres, estos mismos derechos y transformaciones sociales que se definieron para los hombres, en tanto canon de lo humano. Olympe de Gouges en 1791 publicó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, dos años después de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Dicho documento contiene el siguiente preámbulo:

"Las madres, las hijas, las hermanas, representantes de la Nación, solicitan ser constituidas en Asamblea Nacional. Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer en una solemne declaración los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer, con el fin de que esta declaración, presente continuamente en la mente de todo el cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; con el fin de que los actos de poder de las mujeres y los actos de poder de los hombres puedan ser comparados en cualquier momento con el objetivo de toda institución política, y sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de las ciudadanas, basadas en lo sucesivo sobre principios sencillos e incontrovertibles, tiendan siempre hacia el mantenimiento de la Constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad de todos. En consecuencia, el sexo superior, tanto en belleza como en valor —como demuestran los sufrimientos maternales—,

reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes Derechos de la Mujer y de la Ciudadana."

La segunda Ola se ubica en la mitad del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. El siglo XIX se caracterizó por los movimientos de reivindicaciones de los trabajadores, por ello los grupos de mujeres unieron su lucha con las de los obreros. Los movimientos obreros nacen como consecuencia de los grandes problemas sociales que había ocasionado la industrialización y el capitalismo. Por lo tanto, aparecen en la época otras demandas de aquellas heredadas de la ilustración. De un lado las mujeres estaban excluidas de la participación política y de los derechos civiles, del otro se le sumaba la situación de exclusión y marginación de las mujeres proletarias.

Se pueden distinguir en diferentes países, dos corrientes en los movimientos de mujeres. Por un lado, están las mujeres de la burguesía o de clase social ascendente que, siguiendo los ideales de la igualdad, exigían que se les reconocieran los mismos derechos que a los hombres en cuanto al derecho a voto, lo que se conoció como el sufragismo. De manera simplificada, a estos movimientos se les identifica como el Feminismo Liberal.

Por otro lado, las mujeres de los sectores obreros, o que se identifican con ellos. Ellas creen que la condición de opresión de las mujeres no va a cambiar si no cambian las condiciones de explotación presentes en la sociedad. En ese sentido, el reconocimiento de derechos que plantean las sufragistas, por ejemplo, no es suficiente. Proponen cambiar la estructura capitalista para avanzar hacia una sociedad igualitaria, donde las mujeres podrán ser libres. Los movimientos de mujeres que siguen estas ideas se identifican en grandes rasgos con el llamado Feminismo Materialista, otras, con el Feminismo Anarquista.

La tercera Ola llamado neofeminismo, nuevamente es el despertar del movimiento, aparece una obra fundamental "El Segundo Sexo" cuya autora es Simone de Beauvoir publicado en 1949 libro de referencia para el colectivo deja al descubierto el modelo hegemónico atribuyendo a la mujer el rol de madre y esposa. Manifiesta que "no se nace mujer, se llega a serlo", por lo tanto, el ser mujer no es una esencia o algo natural, sino que es una condición producida por la sociedad y el sistema dominante. Es decir, que es una construcción cultural.

No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino. (Beauvoir, 1987, p.87)

En esta etapa se unifican los movimientos feministas. A las reivindicaciones por la participación y la igualdad laboral se suman las demandas por la igualdad sexual y reproductiva, es decir el control o derecho a decidir sobre la reproducción y el derecho al placer. Y también se comienzan los estudios de género tratando de analizar las causas de la sujeción de las mujeres en las distintas culturas. Aparecen los conceptos teóricos como patriarcado, género, entre otros que marcan las indagaciones y las investigaciones hasta nuestros días.

Por ello puede sostenerse que el feminismo es pensamiento y práctica. Es pensamiento en la medida que produce teoría y es práctica, pues el activismo se va construyendo en la medida que las sociedades van cambiando.

3. Los conceptos de la teoría feminista:

El concepto de género es central para la teoría feminista. La idea de género surge a partir de que aquello considerado masculino o femenino producto de las diferencias sexuales y biológicas trasmuta a una desigualdad social entre esos dos polos, siendo una construcción cultural que se ha manifestado históricamente y que constituye el sistema de dominación que ha permeado todos los lugares y épocas. “A lo largo de la historia todas las sociedades se han construido a partir de las diferencias anatómicas entre los sexos, convirtiendo esa diferencia en desigualdad social y política” (Cobo Bedia, 1995, p.55), es decir se toma un dato de lo real (la diferencia sexual) para legitimar un discurso que provoca desigualdad. De este modo la realidad social es construida por la división en un binomio masculino- femenino, que asigna espacios y roles jerarquizados. A lo masculino le pertenece el espacio público y por tanto su rol se encuentra en consonancia con el mismo. Así el hombre será proveedor, cultura, creación. A lo femenino le corresponderá el espacio privado, el lugar doméstico, y su deber será ser madre y esposa.

Por tanto, existe una jerarquía entre sexos donde el varón es representado en el escalón superior: su lugar es el público el de la mujer lo privado, y existe una división sexual del trabajo: los roles. Así la teoría feminista pone de manifiesto que las tareas designadas históricamente a las mujeres no tienen su origen en la naturaleza, sino en la sociedad. En distintas sociedades en mayor o menor medida los varones se han dedicado a cumplir roles políticos, económicos, militares, es decir aquello que es visible y valorado. Sin embargo, las mujeres cumplen las tareas de cuidado, de sus hijos, marido, padres y del hogar. En las sociedades occidentales, muchas mujeres trabajan fuera de su hogar,

pero deben compartir mayormente las tareas laborales con las de cuidado. Al introducir el aspecto social de los géneros para explicar la realidad, se develan construcciones que no eran tomadas en cuenta o se naturalizaban.

Otros de los conceptos fundamentales de la teoría feminista es el de patriarcado, entendido como un sistema de dominación. Un sistema de dominación requiere la interrelación de las partes que lo conforman para sujetar la voluntad de un sector respecto de otro, imposibilitando su reversión. En relación al patriarcado y siguiendo a Cobo Bedia (1995, p.62) se produce un pacto –no necesariamente explícito- interclasista entre los varones para dominar a las mujeres, y como todo sistema de dominación supone desigualdad y subordinación de unos sobre otras, de hombres respecto a las mujeres.

Pese a la permanente crítica y constataciones de los estudios de derechos humanos y género que intenta desnaturalizar, concientizar, prevenir, sancionar y eliminar el patrón patriarcal, este siempre encuentra una línea de fuga, colocándose nuevos ropajes y máscaras, configurando nuevas y variadas modalidades de desigualdad.

Ahora bien, las sociedades asentadas en la desigualdad generan mecanismos ideológicos de reproducción de dicha inequidad que la justifican. Tal vez, sea el estereotipo el mecanismo ideológico más exitoso para su reproducción. Se entiende por él aquellos pensamientos o creencias compartidas por la sociedad que no responden a razones de científicidad, es decir son ideas simples no contrastables. En ese sentido, en cuando a la desigualdad de género el estereotipo sexual presenta a los géneros como diferentes porque poseen características propias y excluyentes en el binomio masculino-femenino. Así por ejemplo se entiende a la mujer como naturalmente intuitiva y a los varones como naturalmente racionales.

Como todo sistema de dominación el sistema patriarcal presenta relaciones de poder, ello repercute en la distribución desigual de los recursos, por tanto, el acceso a bienes también será desigual. Si tomamos el salario por ejemplo o la propiedad, la misma es distribuida en forma despareja entre varón y mujer.

Cabe preguntarse cómo es posible que el sistema patriarcal sea el más longevo de todos los sistemas de dominación. Para analizar ello recuperamos los estudios realizados por Rosa Cobo Bedia (1995) al respecto. La autora sostiene que el patriarcado es el sistema más universal pues ha existido en todos los tiempos y regiones. Expone que hay dos explicaciones por las cuales el patriarcado se reproduce, una que hace foco en el aspecto coercitivo y otra en el consenso.

Las teorías que destacan la coerción para estudiar la dominación femenina se pueden agrupar en estudios de macro medio y micro nivel. Así las teorías de macro nivel explican que la sujeción de las mujeres se debe a que los sistemas económicos por sí son desiguales, “afirman la existencia de apoyo mutuo de los sistemas capitalista y patriarcal en el sostenimiento de la opresión femenina” (Cobo Bedia, 1995, p.71). Las teorías de medio nivel explican que las desigualdades de género se originan en virtud de la división sexual de tareas y la jerarquización del “ejercicio de papeles sociales diferentes y desiguales”. Las teorías de micro nivel hacen foco en las interrelaciones entre varones y mujeres, poniendo de manifiesto que las desigualdades generadas en el macro y micro nivel generan relaciones desiguales directas.

Todas las teorías comparten la visión de que la desigualdad se sostiene porque “los hombres cuentan con los medios políticos, económicos, ideológicos y físicos para que subsista, independientemente de lo que las mujeres puedan desear” (Cobo Bedia, 1995, p.72). La autora sostiene que la expulsión de las mujeres del mercado del trabajo en momentos de crisis o de los espacios de poder político, señalan formas de violencia. Pero también el patriarcado cuenta con la fuerza física, la violencia sobre las mujeres que muestra cada día su costado más cruel en los medios de comunicación. Rita Segato (2016) advierte que en la actualidad “lejos de ser residual, minoritaria y marginal, la cuestión de género es la piedra angular y eje de gravedad del edificio de todos los poderes” (p. 15). Ello tal vez explique porqué la violencia y delitos contra las mujeres se han recrudecido, pues una de las herramientas usadas por el patriarcado para resistir al embate propinado por el reconocimiento de derechos, es la coerción usada sobre los cuerpos de las mujeres y traducido en violaciones, abusos, acosos, trafico, etc.

Por otro lado, las teorías que hacen foco en el consenso o voluntariedad, estudian los motivos por el cual las mujeres reproducen el patrón patriarcal. Esto es, entender por qué las mujeres voluntariamente se comportan de la manera que el patriarcado requiere. Rosa Cobo Bedia utiliza aquí dos enfoques teóricos, la teoría psicologistas o teoría feminista neofreudiana sostiene que el percibirse varón o mujer se adquiere a temprana edad y se origina en el apego. Existe un vínculo emocional de los niñ@s con la madre y que en un momento posterior se produce la separación para tomar dimensión del propio yo. Explica, que sin embargo esta ruptura del lazo emocional se produce de manera distinta en los niños y niñas. Los niños se separan antes, en cambio las niñas permanecen unidas a sus madres por más tiempo. Para esta teoría, esto produce en las niñas la adquisición de las características de sensibilidad y emocionalidad.

A su vez las teorías de la socialización explican que los niñ@s son socializados en la diferencia, van internalizando las normas sociales definidas para el sexo correspondiente. Es decir, desde una edad temprana se va aprendiendo a ser mujer y ser varón. El trato dispensado por los adultos a ambos sexos es diferente y se recrea en los juegos, la vestimenta, los libros. Posteriormente en los grupos de pares o en instituciones como la escuela se continúa reproduciendo la diferencia. “La socialización implica que cada género tiene que haber interiorizado las pautas necesarias para saber qué tiene que pensar o hacer para satisfacer las expectativas de género” (Cobo Bedia, 1995, p.74).

Han existido críticas respecto a los estudios de género analizados hasta el momento, pues para las mujeres negras, de ciertas etnias, pobres o trans no necesariamente se cumplen las categorías explicadas. Por ejemplo, en cuanto a la asignación de espacios públicos y privados, muchas de ellas han compartido el espacio público con el varón, de la misma manera la pareja puede no ser de distinto sexo. Al estudio de estas realidades nos adentraremos seguidamente.

4. Interseccionalidad.

Desde fines de los años 80', se empieza a producir el cuestionamiento a la homogenización del feminismo y su teoría, pues hacia el interior del movimiento no se tenían en cuenta las diversas situaciones por las que transitaban las experiencias de otras mujeres. Estas feministas problematizarán las relaciones de poder de raza y clase enfrentándose al feminismo de mujeres blancas.

Los feminismos de color abordarán la problemática de mujeres negras, pero también de latinas inmigrantes, mujeres indígenas, entre otras. Sus estudios comienzan en los Estados Unidos a partir del trabajo de Kimberlé Williams Crenshaw abogada feminista afrodescendiente, quien aborda la violencia contra las mujeres de color. La autora utiliza el concepto de interseccionalidad “para señalar las distintas formas en las que la raza y el género interactúan” (Crenshaw, 2012, p 89). La vida de estas mujeres se encuentra atravesada por la intersección o entrecruzamiento de patrones racistas y patriarcales, por ello sus experiencias son distintas y con ello las formas de abordar los problemas de raza o género que en sus vivencias son inseparables.

Por otra parte, autoras como Rita Segato (2003) analizan el patriarcado de comunidades originarias en el contexto latinoamericano, identifica que en estas comunidades existe un patriarcado de baja intensidad. Las comunidades indígenas se encuentran asentadas en la división sexual del trabajo y en una economía doméstica.

Expone que las mujeres indígenas se encuentran en una paradójica encrucijada entre ser leal a la comunidad o ser leal al género. Entre denunciar o no, debilitando las demandas de los pueblos originarios.

Después de iniciado el período de contacto intenso con la sociedad nacional, la mujer indígena pasa a padecer todos los problemas y desventajas de la mujer occidental, más uno: el imperativo inapelable e innegociable de lealtad al pueblo al que pertenece, por el carácter vulnerable de ese pueblo. (Segato, 2003, p. 141)

Tal como manifiesta la autora las mujeres indígenas se encuentran expuestas a “un chantaje permanente” (Segato, 2011), pues si cuestionan al patriarcado de sus comunidades se puede correr el riesgo la identidad y cultura de su pueblo, por cuanto generalmente estas comunidades dependen de la contraprestación del género.

En definitiva, la interseccionalidad revela los múltiples sistemas de opresión en que se encuentran las mujeres. Lo mencionado, puede aplicarse a procesos socioeconómicos adversos, que suponen desigualdad social y cultural, ubicando a las mujeres en una doble matriz de subordinación. Por un lado, subordinada a los patrones socio-económicos que configuran la exclusión mediante el eje desintegrador del desempleo; por el otro, subordinada a las relaciones sociales cotidianas donde predomina el modelo patriarcal, lo que contribuye a explicar la reproducción de las desigualdades sociales.

5. Teoría Queer

Las teorías de las desobediencias de género, conocidas como teoría queer aparecen en los años 90' en Estados Unidos. Queer siempre ha estado ligado a connotaciones negativas: raro, marica, sin embargo, fueron los movimientos de liberación gay los que convirtieron la palabra en signo de resistencia política, al decir de Teresa de Lauretis (2015) “Al igual que las palabras gay y lesbiana, queer ha designado, en primer lugar, una protesta social, y sólo en segundo lugar una identidad personal” (p. 109). Es decir, lo queer es una forma de reapropiación política de un insulto, al autonombrarse como “la loca del barrio, la tortillera”, existe pues, un posicionamiento no binario constituyendo formas de resistencia y de emancipación política. Lo queer significará la reacción u oposición a la normalidad binaria masculina- femenina, pero también como teoría apunta a cuestionar la homogenización de lo no binario, que había comenzado como una disidencia. En ese sentido, los estudios anteriores gay lésbicos no daban cuenta de las diferencias entre gays y lesbianas ni respecto a otras identidades.

En el pensamiento disidente hay una fuerte crítica a la construcción binaria de la realidad (varón- mujer), pues se parte de la constatación de que ello trae violencia hacia otras identidades sexuales, se trata aquí de una nueva forma de pensar la sexualidad. Ello significará también una crítica a los movimientos feministas por su carácter heterosexistas, por lo cual propondrán transformaciones a los estudios de género.

En ese sentido la hetero-normatividad es uno de los conceptos fundamentales de la teoría queer, demuestra que la realidad es marcadamente heterosexual estructurando lo que se considera normal y anormal y organizando la sociedad de esa manera. En las sociedades tal como hoy las conocemos se ha considerado desviado la constitución de identidades por fuera del canon, ello en la consideración de que las identidades dominantes constituyen el orden natural de las cosas, la consecuencia será la existencia de un nosotros distinto a ese otro. En ese sentido Judith Butler (2007, p. 8) sostiene que, en la modernidad occidental, se ha instituido un régimen normativo en lo concerniente al género y la sexualidad: la heteronormatividad o heterosexualidad obligatoria, que define cuáles son las identidades de género correctas castigando aquellas que no lo son, siendo las identidades sexuales verdaderas ser varón o mujer. La autora expone que existe “coherencia y continuidad entre sexo, género, práctica sexual y deseo” (Butler, 2007, p. 73) donde el deseo se orienta al sexo entendido como opuesto. Si la continuidad desaparece el sujeto es considerado como anormal y por tanto son víctimas de violencia, exclusión y marginalidad, las disidencias sexuales serán condenadas a una “suspensión de la vida”, o aún más grave a “una sentencia de muerte sostenida” (p.24).

En definitiva, la hetero-norma es una ley social, que se ha naturalizado existiendo en todos los espacios públicos y privados y que lleva consigo el germen de la violencia.

6. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

En el año 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU), aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, siendo un tratado obliga a los Estados firmantes, comprometiéndose a erradicar las prácticas discriminatorias respecto del colectivo femenino.

Ahora bien, el principio de no discriminación ya había sido enunciado en la Carta de Naciones Unidas, replicada del mismo modo en la Declaración de 1948, proclamando que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales *"sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de*

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (art. 2). Por otra parte, los dos Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos Sociales y Culturales hacen la misma mención.

Cabe preguntarse entonces por la necesidad de sancionar un documento que expresara el principio respecto de este grupo vulnerabilizado. Como ya se ha expresado en otras unidades temáticas de esta asignatura los derechos humanos son fruto de un proceso histórico que va de la positivación, pasando por la generalización, internacionalización y finalmente la especificación. Respecto de esta última etapa- la especificación- se constatan que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de carácter general, no son suficientes para lograr la igualdad real de los grupos vulnerabilizados. En ese orden, se consideró que era necesario contar con otros medios para proteger los derechos humanos de la mujer porque el mero hecho de su "humanidad" no ha sido suficiente para garantizar a las mujeres la protección de sus derechos. Por ello, la convención es un instrumento que refuerza derechos ya contenidos en los documentos de carácter general.

El art. 1 de la convención alude a la definición de discriminación: *"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*.

De este artículo se pueden realizar una serie de consideraciones para su análisis. La convención introduce un elemento objetivo: la diferencia de trato de carácter sexual. A su vez ese elemento provoca un resultado: impedir u obstaculizar a la mujer el ejercicio de derechos y libertades de la que es titular y también el reconocimiento de los mismos. Respecto del elemento interno: no importa que hubiera una conducta intencional o no, lo determinante es el menoscabo real. También la norma alude a dos ámbitos, tanto el público y el privado es decir el doméstico, están contenidos en la convención.

El artículo 2 de la convención establece las obligaciones de los Estados para erradicar las prácticas discriminatorias:

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;*
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*

En Argentina la Convención tiene jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, a partir de su introducción en el art. 75 inc. 22. Del mismo modo, en nuestro derecho interno se han eliminado ciertas figuras como el “adulterio” del Código Penal que reprimía a la mujer con pena de prisión de un mes a un año.

También se han adoptado leyes en consonancia con la Convención y las obligaciones que tienen los Estados. Así la ley de cupo femenino político y sindical, que establece una participación de al menos un 30% de mujeres en las listas de candidatos, también la ley de salud sexual y procreación responsable, ley de violencia contra la mujer, parto humanizado, etc.

Pero la obligación de los Estados no se agota en sancionar leyes o modificar y derogar aquellas contrarias al principio de no discriminación, pues los Estados tienen la obligación de tomar medidas para modificar los patrones culturales asentados fuertemente en estereotipos que producen desigualdad y violencia. En ese sentido, políticas educativas que contienen la perspectiva de género son una herramienta para trabajar estos objetivos.

7. Violencia de género. Tipos y ámbitos estipulados por la ley N° 26.485 modificada por la ley 27533.

La ley de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, N° 26.485 del año 2009, modificada en parte por la ley 25.533 de 2019, introduce en el art.

4 el concepto de violencia contra la mujer, expresa: ARTICULO 4°. Definición. “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Según la norma son los varones los perpetradores de violencia, siendo las mujeres las víctimas de la misma. Los estudios que se han encarado sobre violencia contra las mujeres denominan a la misma como violencia de género. Sin embargo, investigaciones más amplias engloban en dicho enunciado también a aquellos cuerpos que no se adecuan a la visión hegemónica de lo considerado masculino.

En ese sentido siguiendo los lineamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al analizar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que resultan aplicables al interpretar la norma nacional, se coincide en que si bien la orientación sexual y la identidad de género no están expresamente incluidas, éste es un “instrumento vivo que debe ser interpretado de conformidad con los tiempos actuales y con base en un criterio evolutivo”². En virtud de ello, la ley 26.485, si bien refiere al sujeto “mujer”, en una lectura en consonancia con la Ley de Identidad de Género y la interpretación de la CIDH, abarca los casos de violencia que se produzcan a la comunidad LGBTI +.

El art. 5 de la ley citada expresa los tipos de violencia: “*Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:*

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

² CIDH, “Violencia Contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 52

2.- *Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.*

3.- *Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.*

4.- *Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:*

a) *La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;*

b) *La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;*

c) *La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;*

d) *La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.*

5.- *Simbólica: La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.*

6.- *Política: La que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones.*

Por su parte, el art. 6 de la ley citada expresa: “*Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de*

violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de

comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

g) Violencia contra las mujeres en el espacio público: aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 27.501 B.O. 8/5/2019)

h) Violencia pública-política contra las mujeres: aquella que, fundada en razones de género, mediando intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desarrollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos, atentando contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, y/o desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros.

Analizando estos artículos de la norma, se comprende que el art. 5 identifica prácticas específicas que se traducen en violencia produciendo daño o menoscabo físico, moral, patrimonial etc. Se trata de acciones puntuales sin que dichos comportamientos se vinculen a situaciones contextuales.

Sin embargo, el art. 6 enumera los ámbitos o lugares posibles donde las conductas violentas pueden producirse, y las modalidades que adquieren en los mismos. Se trata de los contextos espaciales, los diferentes escenarios donde actúa la violencia. Ello en virtud de que la violencia no es un acto aislado descontextualizado, sino que se trata de acción y como tal atravesado por componentes relacionales, en definitiva, se trata de que ciertas relaciones sociales asumen las características de ser violentas.

II. PUEBLOS ORIGINARIOS

Introducción

El presente trabajo propone un recorrido jurídico sobre las principales normas a nivel internacional y nacional sobre las comunidades originarias. Sin embargo, el trabajo sería inacabado si no se analizaran algunos sentidos respecto de la etnicidad y su consecuencia el racismo y discriminación. Ello en virtud de que el cambio de las configuraciones jurídicas y sus obstáculos, solo pueden entenderse a partir de la realidad profundamente desigual en que se hayan ciertos grupos, en este caso las comunidades originarias, producto de discursos construidos históricamente y que siendo dominantes acaban instalándose en el imaginario colectivo reproduciendo la desigualdad.

1. Historia de una masacre

El estado de situación de las comunidades indígenas en América Latina, se entiende a la luz de los procesos históricos que comienzan con la llegada del europeo a América. En efecto, a partir de entonces comenzó la apropiación y despojo de las tierras y territorios que las comunidades habitaban, constituyendo el centro de su existencia y los espacios de reproducción cultural y social. Este proceso de sustracción iniciado en la época de la conquista durará hasta nuestros días.

La ocupación europea en Amerindia redujo la población indígena, ello como resultado de las masacres, pero también de las enfermedades europeas hasta entonces desconocidas, sarampión, viruela, cólera, sellaron su fatal destino. Sumado a ello el sometimiento a trabajo forzado y en condiciones inhumanas sobre todo en las minas de metales preciosos que eran llevados a Europa.

Posteriormente en el siglo XIX, con los procesos de formación de los Estados-Nación aparece el latifundio como modo de producción sumado a los marcos jurídicos que privilegian la propiedad privada, esto justificará las campañas del desierto, particularmente en Argentina y Chile.

A mediados del Siglo XX hasta nuestros días se produce un proceso de colonización con otras características, ya no abiertamente homicida. En efecto, la desposesión de los territorios -sobre todo en la Amazonia y zonas aledañas- consecuencia del extractivismo de los recursos naturales por parte de empresas nacionales y extranjeras, y el corrimiento de la frontera agrícola inciden negativamente en los ecosistemas repercutiendo en las comunidades indígenas que se hayan fuertemente unidas a ellos.

2. Racismo y Etnicidad

La cuestión indígena ha sido sistemáticamente negada en Argentina, ello, en virtud de los procesos ideológicos que hacen énfasis en la herencia europea en la formación de la nación. Incesantemente se escucha “somos un crisol de razas”, entendidas estas siempre como europeas. Este discurso reproduce la creencia que los argentinos somos europeos. Por ello, niega e invisibiliza el origen de una nación étnica.

Antes de realizar el análisis de los discursos hegemónicos y sus consecuencias, se debe entender que es la etnicidad y que lo diferencia de la raza, si es que hay alguna diferencia. Siguiendo a Aníbal Quijano (1995) el mundo colonial capitalista ha producido diferencias, entre ellas la de raza, entendida como “distinciones biológicas” entre los europeos y no europeos asentadas en el color de la piel. “La "superioridad racial" de los "europeos" fue admitida como "natural" entre todos los integrantes del poder” y de esta manera se fue proyectando al imaginario colectivo. Desde ya antes -siglo XVI- en Europa, se estudió a las personas de la misma manera que a las plantas y animales por sus características físicas. Las medidas anatómicas, el tamaño de la cabeza y el color de piel comenzaron a ser clasificados como rasgos de tipologías raciales específicas, relacionándolos con niveles de inteligencia y civilización. Este argumento racializado ha seguido vigente hasta nuestros días no ya asentados en esa supuesta superioridad biológica, sino que la diferencia se construye socialmente siendo fuertemente estereotipada.

Por otra parte, la etnicidad proviene del concepto griego ethnos que significa pueblo o nación, refiere a un conjunto de atributos culturales que una sociedad o comunidad étnica comparte de manera colectiva y que se transmiten de una generación a otra. Ahora bien, desde la construcción de los Estados-Nación que unificaron las diversas identidades (europeas), es que se fue produciendo la idea de diferencias enfocadas en características culturales diversas a la europea y por supuesto catalogadas como inferiores.

Es allí, en la imagen de inferioridad que etnia y raza se conjugan, produciendo racismo y en consecuencia discriminación. La discriminación alude a separar o diferenciar una cosa de otra. En el campo de lo humano y específicamente respecto del racismo es una forma extrema de discriminación respecto de sujetos y grupos sociales y que se expresa a través de mecanismos simbólicos y acciones concretas o como políticas oficiales como por ejemplo el apartheid.

Por otra parte, una definición jurídica de racismo la encontramos en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965,

en la que discriminación racial es *“cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en raza, color, descendencia u origen nacional o étnica que tenga el propósito o el efecto de anular o perjudicar el reconocimiento, gozo o ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*

Rita Segato (2007) hace una serie de consideraciones que es necesario tener en cuenta. Así la autora refiere a racismo distinguiendo en él dos elementos: discriminación y prejuicio. El prejuicio refiere a convicciones íntimas negativas respecto de personas no blancas y discriminación es la exteriorización del prejuicio, es decir, puesto en acto y que puede consistir en una acción u omisión pero que requiere una conducta exteriorizada o que debe ser exteriorizada en el caso de la omisión. Expresa Segato que desde la mirada legalista se hace énfasis en el elemento exterior pero que este se alimenta necesariamente del prejuicio, sin el cual no existiría, por tanto, hay que trabajar sobre este último para su desaparición.

La autora distingue cuatro tipos de racismo:

1. Un racismo de convicción, axiológico: se expresa a través de un conjunto de valores y creencias explícitas que atribuyen predicados negativos (o positivos) en función del color, trazos físicos o grupo étnico al que la persona pertenece. Afirmar que la gente negra es mejor dotada para los deportes o la música popular que para las actividades que necesitan de pensamiento abstracto es un ejemplo de este tipo de racismo.
2. Un racismo político-partidario-programático que sirve de base para la formación de agrupaciones políticas que votan mancomunadamente y abogan un antagonismo abierto contra sectores de la población racialmente marcados, como el Ku-Klux-Klan, todavía en existencia en los Estados Unidos de Norte América, y los grupos anti- inmigración de Australia, como son el Australian National Action, the Confederate Action Party y First Movement, entre otros. En los países de ibero América, este tipo es el menos común, y puede considerarse representado por el movimiento de los skin-heads y pequeños grupos neo-nazistas en los grandes centros urbanos que actúan en internet a través de sitios de comunidades virtuales como Orkut.
3. Un racismo emotivo, que se expresan manifestando miedo, rencor o resentimiento con relación a personas de otra raza o grupo étnico. Es el caso de aquéllos que se asustan al tener que compartir un elevador a solas con una persona no-blanca, o sentir su presencia próxima en la calle.
4. Un racismo “de costumbre”, automático o “acostumbrado”: irreflexivo, naturalizado, culturalmente establecido y que no llega a ser reconocido o explicitado como atribución explícita de valor diferenciado a personas de grupos raciales y étnicos. Se opone a los racismos fundamentados en una consciencia discursiva. Este tipo de racismo hace parte del universo de nuestras creencias más profundas o arraigadas: el profesor que simplemente no cree que un alumno negro o indígena pueda ser inteligente, y que por eso no lo oye ni repara en su presencia dentro del aula; el portero del edificio de clase media que simplemente no puede concebir espontáneamente que uno

de los visitantes al edificio sea no blanco; o la familia que apuesta sin dudar en las virtudes de su miembro de piel más clara. (Segato, 2007, pp. 68-69).

Rita Segato advierte que esta última forma de racismo es la más frecuente en Latinoamérica y, por cierto, la que encuentra más puntos de fuga, pues “opera sin nombrar. La acción silenciosa de la discriminación automática hace del racismo una práctica establecida, acostumbrada y, por eso mismo, más difícilmente notificable” (p. 69). De esta manera se invisibiliza a los sujetos colocándolos en los no lugares, desplazándolos de los espacios valorados socialmente que son ocupados por personas blancas, así por ejemplo en el ámbito educativo, profesional, o político, configurando formas de violencia.

3. Reconocimiento normativo e institucional de las comunidades originarias

A partir de la vuelta de la democracia en Argentina, las comunidades indígenas lograron importantes objetivos a nivel institucional y normativo. En ese sentido, en el año 1985 se crea el INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) institución descentralizada con participación indígena que depende del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación³.

En el año 1994 se reformó la Constitución Nacional, que además de la introducción de los instrumentos internacionales de DDHH a través del art. 75 inc. 22, incorpora en el mismo artículo el inc. 17, el que establece: *“Corresponde al Congreso: 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 comunitarias 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 susceptible 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 estas atribuciones”*.

Por otra parte, en el ámbito internacional universal existen tres instrumentos relativos a las Comunidades Originarias: el “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y

³ Una de las funciones del I.N.A.I. es la de disponer la inscripción de comunidades indígenas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI), para ello coordina su acción con los gobiernos provinciales. Es responsable de arbitrar todos los mecanismos disponibles para el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras.

Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la “Declaración Internacional sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas” de la Organización de Naciones Unidas(ONU); y la “Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas” de la Organización de Estados Americanos (OEA). El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en el año 1989, y que, por ser un convenio obliga a los Estados firmantes, el mismo fue ratificado por la mayoría de los Estados Latinoamericanos.

Por otra parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblo Indígenas fue aprobado en 2007. En el ámbito regional, en el año 2016 se aprobó la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Oswaldo Kreimer (2008) refiriéndose al instrumento universal, advierte que, si bien es una declaración, es un paso importante en el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, pues establece un estándar mínimo de derechos, representando un cambio de paradigma en la visión de los derechos humanos (p.11). En efecto, tal como hemos estudiado los derechos humanos pertenecen a la persona humana individualmente considerada, sin embargo, en los instrumentos internacionales referidos a comunidades originarias dejan sentado los derechos colectivos de la comunidad indígena más allá del derecho de cada miembro como sujeto. Ello es así porque se entiende que el goce de los derechos humanos que le corresponden a cada miembro indígena es inseparable de los derechos reconocidos a la comunidad de la que forma parte. Estos documentos afirman el derecho humano a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas por su relación intrínseca con la naturaleza, como así mismo el derecho de la comunidad en la crianza, educación y bienestar de niños y adolescentes. Ello por las particularidades culturales que adquieren las tareas de cuidado en estas comunidades.

4. La definición de pueblo indígena en los instrumentos internacionales

La definición de pueblo indígena ha resultado problemática, tanto organismos internacionales, Estados, como organizaciones indígenas se han opuesto a definirlo, pues cada comunidad tiene distintas particularidades que, como grupo los diferencia de otros, por ello se ha argumentado que no es posible construir una definición lo suficientemente amplia que se aplique a todos los pueblos indígenas. En ese sentido las organizaciones indígenas han advertido que al definir se deja afuera la posibilidad del goce de derecho a comunidades y personas que se identifican como tal. Por tanto, ha prevalecido la idea que es a la persona indígena y su comunidad a quien le incumbe autodefinirse, y ese es el

criterio prevalente en las declaraciones internacionales. Así la declaración del ámbito americano estipula: Artículo 1: *1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas. 2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.*

Sin embargo, a los fines prácticos existe consenso internacional para utilizar la definición del art. 1 del convenio 169 el que considera pueblo indígena: *“los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.*

Se puntualiza que los pueblos indígenas son portadores de lenguaje sistema de creencias y conocimientos particulares y que poseen una relación especial con la tierra y los recursos naturales la que es primordial para su existencia tanto física como cultural por su conexión espiritual con la misma. Es posible identificar al menos cuatro dimensiones relacionadas a los pueblos indígenas: el reconocimiento de la identidad, el origen común, la territorialidad y la dimensión cultural y política, de allí que a partir de los instrumentos internacionales y siguiendo a Osvaldo Kreimer (2008, p. 20-21), se pueden extraer los siguientes elementos caracterizadores de los pueblos indígenas:

1) Continuidad histórica con las sociedades previas a la colonización y/o las invasiones. Se reconocen las injusticias históricas y sus consecuencias. Puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente de uno o más de los siguientes factores: ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; ascendencia de los ocupantes originales de esas tierras; cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, idioma, estilos de vida, etc.).

2) Libre determinación como pueblos indígenas. Determinación de mantener y reproducir su medio ambiente ancestral y sus sistemas como pueblos y comunidades distintivas. Ello incluye transmitir a futuras generaciones su identidad étnica (su lengua, sus costumbres, modo de organización social, etc.) como así también el mantener o recuperar los territorios y servirse de los recursos naturales; autogobierno y prácticas de autonomía hacia el interior del grupo; preservar su muy particular y especial identidad cultural,

social, económica, etc., dentro del seno de la comunidad nacional de la que forman parte, respetando la integridad del Estado.

- 3) Fuerte vínculo con los territorios y los recursos naturales conexos.
- 4) Sistemas políticos, sociales y económicos distintivos.
- 5) Idioma, cultura y creencias distintivos.
- 6) Grupos no dominantes dentro de una sociedad. Si bien esta situación se ha presentado en forma continua desde la colonización, ello no quiere decir que la comunidad deje de ser indígena por colocarse en un pie de igualdad con los sectores dominantes de la sociedad.

5. Identidad y Territorio

Una de las características de los pueblos indígenas que se han enunciado precedentemente constituye el fuerte vínculo con el territorio, tal vez esta sea la característica que comparten todas las comunidades originarias en su vasta heterogeneidad, pues la identidad indígena “está asociada fuertemente a su calidad de sujetos colectivos que mantienen ancestralmente una vinculación especial con el territorio” (Ramírez, 2017, p.11) ello explica las reivindicaciones incesantes a las tierras de las que fueron despojados y que son la causa de debates y enfrentamientos en todas las latitudes. Del mismo modo el tema de los territorios ha sido objeto de posiciones encontradas previo a la redacción de las declaraciones, puesto que la significación de territorio en el ámbito de las comunidades indígenas es diferente a la propiedad privada clásica. En efecto, la mirada indígena se aleja de la concepción occidental de la propiedad como derecho real de dominio, en el sentido de que el territorio es comprensivo del suelo, subsuelo, la flora y fauna, y su hábitat; sumado a ello existe una conexión profunda entre las comunidades indígenas con el territorio tanto física como espiritual que difícilmente se entienda desde el enfoque occidental. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴, la que ha expresado: “...para las comunidades indígenas la relación con la tierra 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...”.

Hay tres cuestiones a considerar en este punto: el concepto de tierra, territorio y recursos, la identidad colectiva, y la “propiedad” comunitaria indígena. La declaración

⁴ por ejemplo, en la causa “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia del 31 de agosto de 2001.

universal como la regional hacen mención de que los pueblos indígenas tienen derecho a la tierra, territorios y recursos. En ese sentido según el Convenio 169 el término tierra debe incluir el concepto de territorios, ello implica la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera. Kreimer, O. (2008), analiza ello y manifiesta que si se trata de comunidades agricultoras tierra y territorio se funden, en cambio para las comunidades que viven en los bosques “sus tierras son el espacio físico donde viven y parte de su territorio es el bosque de donde obtienen sus alimentos, plantas medicinales y otros elementos necesarios para mantener su cultura y pervivencia” (p. 61)

Respecto a la identidad colectiva de las comunidades indígenas, está estrechamente ligada al territorio y en ese sentido sin ese elemento corre grave riesgo de desaparecer. Así el territorio es el soporte vital donde la comunidad desarrolla su espiritualidad, su cultura y su cosmovisión, constituyendo el derecho para el goce de los demás derechos de la comunidad indígena.

Por otra parte, la propiedad comunitaria indígena es colectiva en el sentido de que no se centra en un individuo o individuos específicos sino en el grupo, a diferencia de la sociedad occidental que se haya fuertemente anclada sobre la base de derechos individuales. Asimismo, la propiedad no es entendida a la manera clásica, “no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual” (Kreimer, 2008).

6. Régimen de tierras, territorios y recursos

El art. 25 de la Declaración Americana sobre pueblos indígenas expresa: *Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos:*

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.*
- 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.*
- 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.*

4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

Este artículo como el instrumento universal reconoce el derecho a esas tierras, territorios y recursos, y agrega “aquellos que hayan adquirido de otra forma”, o sea, no por posesión o utilización. Esto debe entenderse como adquisición, por ejemplo, por acuerdos con el Estado y no en el sentido de una adquisición a la manera del derecho privado clásico. Además, la enunciación del artículo no se limita a la posesión actual sino también refiere a aquellas “que tradicionalmente han poseído, ocupado...”, es decir las tierras y territorios del pasado de las que fueron despojados.

En ese sentido y según los instrumentos internacionales y la propia Constitución Nacional, el Estado Argentino tiene las siguientes obligaciones:

- Reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente.
- Adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas, así como para evitar todo traslado forzado (DU art. 8). Del mismo modo la Constitución Nacional en el art. 75 inc, 17 expresa que las tierras no son enajenables, transmisibles, ni susceptibles de gravámenes o embargos. En ese sentido en el año 2006 se sancionó la ley 26.160 de emergencia de la propiedad comunitaria indígena del país, que declaró la emergencia por el término de cuatro años, durante los cuales se suspende la ejecución de sentencias de actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras. Dicha norma ha sido incesantemente prorrogada. También establece que, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas debe realizar el relevamiento técnico-jurídico- catastral de la situación de dominio de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, en cumplimiento de ello, en el año 2007 se creó el Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas.

- Todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (DU, art. 10).
- Realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el consentimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en las tierras y territorios indígenas (Convenio 169, art. 6; DU, arts. 19 y 32); al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que antes de otorgar concesiones se deben realizar estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y técnicas (Caso Saramaka, párr. 129).
- Aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de autorizar o emprender la exploración o explotación de dichos recursos; asimismo, tienen derecho a participar en las decisiones y también en los beneficios de tales actividades (Convenio 169, art. 15).
- Asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado (DU, arts. 20 y 28). Ello refiere también al traslado, el que debe ser consentido previamente por la comunidad indígena, pero además debe realizarse con acuerdo previo de una indemnización y si es posible la opción del regreso a dichas tierras.

7. Convenio Sobre la Diversidad Biológica

El convenio sobre la “Diversidad Biológica” (CDB), si bien no es un tratado específico sobre las comunidades originarias, es importante su estudio pues, es relevante para los Pueblos Indígenas porque reconoce la dependencia de muchas Comunidades Originarias de los recursos biológicos, y la contribución del conocimiento tradicional tanto para la conservación como para el uso sostenible de la diversidad biológica.

Este instrumento fue adoptado en el marco de la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en el año 1992. Surge como respuesta a la preocupación por el estado de la biodiversidad en el mundo y funciona como un marco legalmente vinculante para el compromiso de las naciones con el desarrollo sostenible. El Convenio entiende por biodiversidad la diversidad dentro de las especies, y entre las especies y los ecosistemas. El CDB entrelaza a los humanos y nuestras necesidades básicas, con la salud y la conservación de los ecosistemas. En ese sentido vincula la conservación y la economía, teniendo como premisa utilizar los recursos biológicos de manera sostenible. El convenio

destaca especialmente a los pueblos indígenas en el Preámbulo y en su articulado: Conocimiento tradicional; Uso consuetudinario sostenible de la biodiversidad; Intercambio de información; Cooperación técnica y científica.

Cabe hacer notar que el convenio presta especial atención a los conocimientos indígenas y sus beneficios para la utilización con conservación, de la diversidad biológica. Por ello los Estados tienen el deber de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas, teniendo que compartir equitativamente con las comunidades los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos.

III. LAS INFANCIAS

1. Concepto de Infancia

En este trabajo se analizará la niñez y adolescencia, desde la categoría infancia como construcción histórico social, de manera que permita relacionar su concepción en distintos momentos vinculados a la legislación, ello sería inacabado sin el estudio de las representaciones sociales y miradas dominantes respecto de la infancia.

Se puede rastrear la aparición de la categoría infancia en el desarrollo del capitalismo que produce cambios en dos instituciones básicas: la familia y la educación⁵. Analizar la infancia como grupo o colectivo significa desentrañar el lugar que tienen las nuevas generaciones respecto de la adultez en el marco social, revelando la asimetría en las relaciones asentadas en el componente temporal (edad) y que se manifiesta en relaciones de subordinación y dependencia.

La dimensión temporal ha compartimentado la vida humana en ciclos, correspondiendo a cada uno de ellos ciertas acciones, dando lugar a derechos y obligaciones: cuidados y estímulo en los primeros años, posteriormente educación para su desarrollo, trabajo en la edad activa, y jubilación en la vejez. (Bustelo Graffigna, 2012, p.289) Ahora bien, respecto de la infancia se ponen en juego la idea de madurez y educación para transformarse paulatinamente en una persona adulta. En esta concepción lineal, y desde una posición adulto céntrica a la infancia le falta algo, por lo tanto, es carencial de ciertos atributos que sí poseen los adultos, por ello la referencia es la adultez. Hay en la temporalidad un fin, siempre hay sujetos preparándose para ser adultos. En ese sentido Mariano Narodowski (2011) expresa:

la infancia fue definida por la pedagogía de la modernidad como una suerte de discapacidad (Narodowski, 2011b), que posee dos dimensiones:

⁵ Ambas han sido estudiadas en la asignatura Nociones de Sociología

por un lado, una discapacidad operativa (no poder ciertas cosas) y necesitar de otro para operarlas; por otro lado, una discapacidad epistémica (no arribar a la comprensión cabal de ciertas cosas) y necesitar de otro para pensarlas.

Ambas dimensiones están entrelazadas y articuladas en la constitución de la verdadera discapacidad, la discapacidad superior: discapacidad moral de no atinar a determinar por sí mismo qué es lo bueno y qué no lo es, necesitando

para esto de otro que así lo haga.

Al otro no infantilizado de las relaciones interculturales de la modernidad lo denominamos adulto y quien ocupa ese lugar es quien asume la guía hasta que el menor de edad se apropie de la capacidad autónoma, esto es, se convierta en un mayor de edad, en un par, un igual de quien lo formara.

(p.105)

En el universo infancia se coloca a niños niñas y adolescentes en contraposición al mundo adulto, y ha sido analizada por distintas disciplinas, más no como sujetos actores. Estos saberes en distintas épocas han marcado aquello que los niños podían o no hacer y las responsabilidades de los adultos, estas concepciones han permeado distintas legislaciones en nuestro país.

2. La visibilidad de la infancia.

La construcción social de la categoría infancia se encuentre estrechamente vinculada a la institución escuela, que coincide en nuestro país con el proceso de formación del Estado Nación y su último atributo de estatidad, esto es la identidad colectiva. Será el Estado mediante la herramienta de la educación formal en establecimientos especialmente diseñados, el que brindará un ámbito de socialización donde se adquirirán conocimientos, pero también disciplinamiento como forma de control social.

Sin embargo, no todos tendrán acceso a la escuela, en los conglomerados urbanos grupos de niños inmigrantes o nacidos de inmigrantes por diversos motivos no asistirán a la misma. Así las diferencias socio culturales se establecerán al interior de la categoría infancia: los que tienen acceso a la educación formal y los que no, de tal manera que el concepto genérico de infancia no los abarcará, “los excluidos se convertirán en “menores” (García Méndez, 1992, p.422). En ese orden de ideas, la categoría diferenciada “menor” será objeto de otro tipo de control institucional, judicial, psiquiátrica y educativa. Ahora bien, dentro del paraguas de concepto de menor se agrupaban distintas situaciones: los niños en peligro, es decir los abandonados, aquellos que no poseían la crianza y educación deseable; y los menores peligrosos es decir delincuentes. Se crea así una estructura

apuntalada por la doctrina de la situación irregular, marco jurídico a partir del cual el Estado intervendrá discrecionalmente sobre la situación de la minoridad y que durará todo el siglo XX. Es decir, este sistema tutelar se ocupaba únicamente de los niños, niñas y adolescentes considerados en situación irregular, aquellos que no se encontraban en estos casos no serán tenidos en cuenta por la normativa pues las familias serán las encargadas de su cuidado y protección.

En este sentido, la categoría infancia si bien es homogénea en cuanto a quien se opone, el adulto, no lo es hacia su interior, pues “es heterogénea respecto a las distintas dimensiones que la cruzan como clase social etnia, género, pertenencia urbana o rural, pertenencia religiosa, lenguaje, etc.” (Bustelo Graffigna, 2012, p. 291)

3. Desarrollo normativo

El Código Civil de Vélez Sarsfield ligó a los niños, -en términos de Vélez “Menores”- a la patria potestad. El art. 264 establecía que la patria potestad es el “conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores y no estén emancipados”.

Posteriormente en 1919 se sanciona la ley 10903 de Patronato de Menores, conocida también como “Ley Agote”. La preocupación, que dio origen a esta norma era los niños y adolescentes de clases populares nominados como abandonados o en el peor de los casos como delincuentes. Así se va sedimentando la idea de que este colectivo se podía encontrar en peligro o sin más eran peligrosos para la sociedad. Asimismo, el patronato de menores fue creado para sustituir a la patria potestad que los padres hubieren perdido por los motivos que la ley expresaba. El art. 21 expresaba: “A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”.

Entonces la propuesta para los menores fue la intervención de los tribunales de menores indiferenciando si se trataba de abandono moral, abandono material o peligro

moral, generalmente el tratamiento era además de la pérdida o suspensión de la patria potestad, la internación en establecimientos a cargo del Consejo del Menor. Ello significó “la institucionalización de niños, niñas y adolescentes como primera opción antes que, como última ratio, la vigencia de la categoría de abandono y peligro moral y/o material como justificativo de la intervención jurídico burocrática, y la consecuente criminalización de situaciones de carencia socioeconómica”. (Villalta, 2019, p. 73). En el fondo se trataba de evitar la peligrosidad entendida como miedo social, más que de proteger a los niños y niñas en tales condiciones. Así la ley de patronato de la infancia encontró el modo de ejercitar el control sobre la minoridad considerada peligrosa para salvaguardar a la sociedad.

Más tarde, en el año 1989 fue aprobada en el ámbito internacional la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y con la reforma constitucional de 1994 adquirió rango constitucional con su introducción en el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina. Aparece así una nueva doctrina llamada desde entonces “Doctrina de la Protección Integral”. Finalmente, en el año 2005 se produjo la sanción de la Ley N° 26061 denominada “Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, adhiriendo al nuevo paradigma de protección y a los postulados de la Convención Internacional, propiciando un cambio en la cultura y significaciones respecto de las infancias.

En consonancia con la CIN, que concibe a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 regula la capacidad restringida de este colectivo teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, así el art. 26 dispone “*Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...*”. Ahora bien, la norma califica que la madurez como suficiente, esto guarda conexidad con el acto que el sujeto realiza, el código establece distintos supuestos que las personas menores de edad pueden realizar por sí mismos o con autorización de sus progenitores o en última instancia por decisión del juez.

A continuación, para mayor comprensión se esboza un cuadro de la consideración de la infancia en la normativa y sus alcances, en dos etapas:

	1° Etapa	2° Etapa
--	-----------------	-----------------

Normativa	Ley 10903 de Patronato de Menores (1919)	- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño - Ley N° 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes - Código Civil y Comercial de la Nación
Visión	Menores: Peligrosos (delincuentes) En peligro (abandonados moral y materialmente)	Niñ@s como sujetos de Derecho
Sistema	Tutelar	De protección integral
Doctrina	Situación Irregular	Protección Integral

Se advierte que la definición de niñ@s como sujeto de derecho contenida en la Convención ha resultado un avance respecto a la significación moderna de infancia como niño desvalido y del adulto como individuo protector y sujeto responsable. “Así cuestiones como la 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...” (Diker, 2009, p. 28).

4. La Convención Internacional de los Derechos del Niño

La adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIN) en el año 1989 significó un cambio de paradigma en la consideración de la infancia.

La convención en su art. 1 dispone: *“Para los efectos de la presente Convención, 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”.

En la convención se destacan como característica fundante, la concepción del niño- aquellos menores de 18 años de edad- como sujeto de derecho. Siguiendo a Miguel Cillero Bruñol (1999) El instrumento internacional, “no define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad” (p. 4). Es decir, desde la convención se cambia el enfoque en la comprensión de infancia, pues ya no será un ser preparándose pasivamente para la adultez, sino que es una persona y como tal valorada y con derechos, por lo tanto, la Convención no supone un sujeto dependiente y subordinado a los adultos, en tanto es

concebido como sujeto con capacidad de autonomía en la medida de su desarrollo progresivo. Así el art. 5 expresa: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

El artículo citado contiene el principio de autonomía progresiva, pues reconoce las responsabilidades y derechos de los adultos que estén en consonancia con el ejercicio de los derechos de los niños atendiendo a la “evolución de sus facultades”.

Por otra parte, la Convención supone una reafirmación de derechos en tanto persona humana, de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos sociales y culturales, pero también es fuente de otros derechos propios, por las particulares circunstancias de desarrollo, que regulan las relaciones de los niños con los adultos. Ello tiene como fin la protección y el desarrollo integral de la infancia.

Principios contenidos en la Convención.

Se llaman principios a aquellas directrices o preceptos guías que en sí son derechos pero que tienen como función el goce de otros derechos. Ello permite que cada vez que se tenga que tomar una decisión en una cuestión particular o diseñar una política pública se tenga en cuenta los principios fundantes básicos que permiten en definitiva el goce y ejercicio de derechos de las infancias.

La Convención establece que el principio prioritario es el interés superior del niño. Pero también existen otros como el derecho a ser escuchado, el de no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo.

a. Principio Interés Superior del Niño

El Art. 3.1 de la Convención expresa: *“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”*.

Por su parte el Art. 18.1 dispone: *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

Así la Convención Internacional de los Derechos del Niño menciona el Interés Superior del niño como un principio garantista que se dirige en primer término al Estado en su doble faz: para el diseño e implementación de políticas sociales y como límite a la facultad interpretativa de los jueces que deben resolver los casos sometidos a su conocimiento. Pero también se constituyen en destinatarios de la garantía, los progenitores o los individuos bajo cuyo cuidado se encuentran los niños y la sociedad en su conjunto, destacando la responsabilidad social que debe existir frente a la infancia.

Sin embargo, la convención no explicita cual es el contenido de dicha regla. Ahora bien, la Observación General N° 14 del año 2013, del Comité de los Derechos del Niño ha puntualizado que el Principio de Interés Superior del Niño es “el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (p.3)

Es decir, el principio en análisis es la plena realización de los derechos por parte de la infancia, pero tal concepto en términos del Comité es dinámico, debiendo evaluarse en cada caso concreto tal interés, siendo “flexible y adaptable”. Como cada situación es distinta en cuanto a contextos, desarrollo y necesidades personales si la definición de interés superior se encorsetara podría producirse el efecto inverso.

Respecto al desarrollo el comité ha precisado que se trata de un concepto holístico, esto es, tener en cuenta el desarrollo integral del niño, en su totalidad, incluyendo su entorno, abarcando aspectos físicos y mentales como también sociales.

Por otra parte, y siguiendo a Miguel Cillero Bruñol (2007, p.137), el principio en análisis posee una triple función:

- Función hermenéutica: pues el principio en análisis permite interpretar en forma sistémica el contenido de la convención, en ese sentido si alguna de sus disposiciones permite varias interpretaciones se elegirá aquella que satisfaga en mayor medida el interés superior del niño, reconociendo el carácter integral de los derechos de la niñez y su interdependencia que a esta edad se ven con más nitidez.
- Función resolución de conflictos de derechos: Así en lo que se vincula con los derechos de los adultos, el interés superior del niño debe primar como por ejemplo cuando entran en colisión con los derechos de una comunidad originaria de la que formen parte los niños. Por otra parte, cuando se trate del ejercicio de dos o más derechos reconocidos en la Convención, por ejemplo, cuando el derecho a su integridad personal entre en conflicto con el derecho de convivir con su familia,

en el caso de maltratos, aquí el juez podrá separarlo de su familia para su protección.

- Función de priorización en las políticas públicas: Ello significa que en todas las decisiones que deban tomarse y que esté implicado directa o indirectamente la niñez deben priorizarse antes que el interés social. Por ejemplo, en el caso de adolescentes en conflicto con la ley penal, y la disminución de la edad de imputabilidad.

b. Principio de no discriminación

Por otra parte la convención enuncia el principio de no discriminación en su art. 2:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El artículo citado hace una clara referencia a dos situaciones, en primer término, refiere al reconocimiento, respeto y goce de los derechos contenidos en la convención para todos los niños y niñas, sin limitantes de ningún tipo. En segundo lugar, plantea aquellas situaciones concretas que en virtud de ciertas vicisitudes de sus núcleos primarios repercutan negativamente sobre las infancias, dando como resultado actos discriminatorios o castigos. Ello requerirá la adopción de medidas positivas por parte del Estado para corregir una situación de desigualdad real.

Ahora bien, queda claro la vinculación del Principio de Interés Superior del Niño con el derecho a la no discriminación, pues la consideración primordial es la protección de la niñez y el goce de derechos contenidos en la convención.

c. Principio Autonomía progresiva y el derecho a ser escuchado

La Convención en análisis en su art. 5 expresa: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los*

tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Por su parte el art. 12 dispone: *“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 representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

Al considerar a los niños sujetos de derecho la formulación del paradigma no es meramente declarativa, sino que tiene efectos y alcances, pues el contenido está dado por derechos efectivamente gozados, es decir no son expectativas o condicionados a alcanzar la edad adulta, por el contrario, se trata de derechos que serán ejercidos de acuerdo a su evolución y desarrollo. Ambas dimensiones (evolución-edad y desarrollo-madurez) se encuentran implicadas en el ejercicio de los derechos.

Ahora bien, el desarrollo progresivo implica autodeterminación y por tanto autonomía. Por eso el art. 5 pone en cabeza de los adultos la responsabilidad de acondicionar el contexto para que los niños y niñas alcancen su autonomía. Por su puesto que la mayor o menor autonomía será variable en atención a la edad y grado de evolución.

En ese orden de ideas, algunos autores han puntualizado que los niños y niñas no replican las directrices adultas, no son meros sujetos pasivos, sino que las recrean y resignifican “en sus propios términos” (Bustelo Graffigna, 2012, p.291) ello en ejercicio de su autonomía.

Por otra parte, el art. 12 de alguna manera establece el modo como el niño debe ser escuchado incluyendo sus opiniones en todas las cuestiones que lo afecten, en ese sentido el derecho a ser escuchado está en clara vinculación con el principio de autonomía progresiva pues debe tenerse en cuenta la gradualidad en evolución, pero además es el derecho a ser escuchado permite el goce de los demás derechos lo que entra en clara vinculación con el interés superior del niño.

En la observación General N° 12 del Comité, se advierte que el derecho de los niños a emitir sus opiniones es un derecho, más no una obligación y que los Estados deben partir de la premisa de la capacidad para formarse sus propias opiniones y de expresarlas,

no imponiéndose ningún límite de edad pues recalca que ello puede suceder desde temprana edad. Del mismo modo el lenguaje oral no es el único expresable, existen otros medios como el gestual en que los niños pequeños se pueden dar a entender. Recalca que son herramientas también el dibujo y la puntura.

Ahora bien, el derecho a ser escuchado comprende: en todo asunto que le concierne, y también en proceso judicial o administrativo que lo afecte, esto significará tanto procesos de familia o materia penal como así también decisiones administrativas sobre educación, salud, etc.

d. El principio-derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

Por otra parte, el art. 6 de la Convención dispone: *1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

El derecho a la vida será objeto de análisis en la unidad temática pertinente por los que aquí se hará hincapié en el desarrollo, solo diremos que vida significa vivir una vida de calidad que implica mucho más que la ausencia de muerte. El Comité de los Derechos del Niño ha también interpretado históricamente el “desarrollo” como comprensivo no solo del desarrollo físico e intelectual, sino también moral y social. Así el art. 27 expresa:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados

Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Cabe aclarar que el artículo en análisis establece una corresponsabilidad de la familia y el Estado para garantizar el desarrollo integral de niñas niños y adolescentes. Ahora bien, por desarrollo se entiende hacer posible las potencialidades humanas en las infancias como así también al derecho a elegir y posibilitar cada proyecto de vida, lo que requiere de libertad para poder decidir nuestro destino, pero también la existencia de otros, sean estos familia, comunidad o Estado. Por tanto, el desarrollo está íntimamente vinculado al ejercicio de la libertad para realización de personas autónomas.

Reflexiones finales

La construcción del modelo de infancia ha evolucionado teniendo en cuenta la constricción de los adultos hacia los niños. A pesar del reconocimiento de derechos específicos a la niñez, y constituyendo la convención un avance respecto a la situación anterior a su existencia, se visibiliza que existe distancia entre la formalidad y la materialidad, entre los derechos escritos y su goce y disfrute en situaciones reales.

Por otra parte, no existe un modo único de vivir la infancia, coexistiendo distintas maneras de ser niño por lo que niñez no puede constituirse en un universal aplicable a todas las circunstancias y espacios en las que un niño es, pues *“el mismo niño podrá mostrarse autónomo en una situación y necesitado de protección, orientación, cuidado, en otra...”* (Diker, 2009:30).

Ahora bien, la distancia entre la norma y la realidad, o si se quiere entre el reconocimiento de derechos y la materialidad sigue existiendo. Tal como concurren las desigualdades sociales en el mundo adulto con mayor razón se siguen practicando respecto de los niños innumerables conductas que colocan en situación de vulnerabilidad a los ya vulnerables, es allí donde el Estado es llamado a restablecer la relación protegiendo a los vulnerabilizados. El cambio de paradigma por el cual se considera a los niños sujetos de derecho no significa que se suprimen los padecimientos o sufrimientos de estos.

Asimismo, la institución judicial lugar donde se dirimen los conflictos, se encuentra atravesada por concepciones de niños ideales, también por modelos ideales de familia, y de educación, se trata de *“discursos que conllevan mensajes coercitivos y prescriptivos que, lejos de ser producciones fantasmagóricas de organismos burocráticos y abstractos, deben ser vistos como “representaciones sociales que forman*

parte del sentido social que tiene la institución en cada época; resultado, a su vez, de los procesos de hegemonización en el campo cultural” (Grassi, 1998, p. 10) (Villalta, 2010:12).

Bibliografía

- Beauvoir, S. (1987). *El segundo sexo* (1a. ed.). Buenos Aires: Siglo XX.
- Bustelo Graffigna, E. (2012). Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano en *Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 3, pp. 287-298. Buenos Aires. Universidad Nacional de Lanús.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Camarotti, A. y Kornblit, A. (2015). Abordaje integral comunitario de los consumos problemáticos de drogas: construyendo un modelo. *Salud Colectiva*, V. 11, N° 2. Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús, p. 211-221.
- Cillero Bruñol (2007). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño en “*Justicia y derechos del niño*” N° 9, pp. 125-142. Santiago de Chile: Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Cillero Bruñol, M. (1999). *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios*. En *Derecho a Tener Derecho*, vol. 4, pp. 1-13. Montevideo: Unicef, Instituto Interamericano del Niño.
- Crenshaw, K. (2012). Cartografiando los márgenes: Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 75-86). Barcelona, España: Bellaterra
- Cobo Bedia, R. (1995). *Género en 10 Palabras Clave sobre Mujer*. España. Ed. Verbo Divino, p. 55-84.
- De Lauretis, T. (2015). *Género y teoría queer en Mora*. *Revista de Instituto interdisciplinario de estudios de Género* N° 21, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, p.107-118.
- Diker, G. (2009) *¿Qué hay de nuevo en las nuevas infancias?* Buenos Aires. Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Femenías, M.L. (2007). Esbozo de un feminismo latinoamericano. En *Revista Estudios Feministas*, 15 (1), 11- 25. Florianópolis.
- García Méndez, E. (1992). La Convención Internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos en *Revista Nuevo Foro Penal* N° 57, 421- 432. Bogotá. Ed. TEMIS
- Garretón, M. (2001). *Cambios sociales, actores y acción colectiva en América Latina en Serie Políticas Sociales*. Santiago de Chile: Cepal Naciones Unidas.
- Kreimer, O. (2008). *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
- Narodowski, M. (2011). No es fácil ser adulto. Asimetrías y equivalencias en las nuevas infancias y adolescencias en *Revista Educación y Pedagogía*, vol. 23, núm. 60, 101-114. Medellín. Universidad de Antioquia, Facultad de Educación.
- Quijano, A. (1995). Raza, etnia y nación en Mariátegui: cuestiones abiertas. *Estudios Latinoamericanos*, 2(3), 3-19.
<https://doi.org/10.22201/cela.24484946e.1995.3.49720>

- Ramírez, S. (2017). Pueblos indígenas, identidad y territorio -Sin territorio no hay identidad como pueblo- en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 15 N° 1, mayo 2017, pp. 11-32. Facultad de Derecho. Centro de Estudios de Posgrado en Derecho. CABA. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/ediciones.html
- Segato R. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Segato, Rita (2011). “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial”. En: *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*. Karina Bidaseca y Vanesa Vazquez Laba (comps.) Buenos Aires: Ediciones Godot/ Colección Crítica.
- Segato, R. (2007). Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales en *Educación en Ciudadanía Intercultural. Experiencias y retos en la formación de estudiantes universitarios indígenas*. 63- 89. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Segato R. (2003) *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- Villalta, C. (2019). La convención sobre los derechos del niño en perspectiva. En Herrera, Marisa, Gil Domínguez, Andrés y Giosa Laura (comps.) *A 30 años de la Convención sobre los derechos del niño. Avances críticos y desafíos*. Buenos Aires. Ediar.
- Villalta, C. (2010). Introducción en Villalta (comp.), *Infancia, justicia y derechos humanos*. Buenos Aires. Universidad Nacional de Quilmes.

