

La aplicación del interés superior del niño en el ámbito educativo. Las concepciones de los profesionales de los equipos de orientación escolar.

Silveira, Israel.

Cita:

Silveira, Israel (2016). *La aplicación del interés superior del niño en el ámbito educativo. Las concepciones de los profesionales de los equipos de orientación escolar. VIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIII Jornadas de Investigación XII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-044/455>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/eATh/gY3>

LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ÁMBITO EDUCATIVO. LAS CONCEPCIONES DE LOS PROFESIONALES DE LOS EQUIPOS DE ORIENTACIÓN ESCOLAR

Silveira, Israel

Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires - Universidad Nacional de Lanús. Argentina

RESUMEN

El artículo tercero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, referido al interés superior, es el más enigmático de los cuatro que han sido señalados como principios rectores para la aplicación efectiva de toda la convención. Es el que más discusiones ha dado respecto de su conceptualización como de sus implicancias en la práctica. Nos proponemos situar esta discusión, muy asidua en los contextos jurídicos y administrativos, en el ámbito educativo, con especial referencia a las prácticas de la orientación escolar. Nos basaremos en uno de los modos que propone la UNICEF (1999; p.9) para su aplicación: el que lo propone como un principio orientador que puede ayudar a resolver la confusión que se establezca en torno a distintos derechos. Nuestra reflexión se inspira en situaciones dilemáticas que involucran el choque o colisión de derechos establecidos en la CIDN. El propósito es aproximarse a la manera en que el orientador escolar fundamenta sus intervenciones, para explorar cómo integra en esa fundamentación al ISN y cuáles son sus concepciones acerca de este principio. Proponemos que un análisis de esas concepciones es ineludible como parte de cualquier estrategia que se proponga la protección y la promoción efectivas de los derechos de los niños el ámbito educativo.

Palabras clave

Interés superior del niño, Intervenciones educativas, Perspectiva de ciudadanía, Colisión de derechos

ABSTRACT

THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF THE CHILD'S BEST INTERESTS IN THE FIELD OF EDUCATION. CONCEPTIONS OF SCHOOL GUIDANCE PROFESSIONALS

The third article of the International Convention on the Rights of the Child refers to the best interests, one of the four principles that have been identified as the guiding ones for the effective implementation of the entire convention. This principle is the most discussed as regards its conceptualization and its implications in practice. We intend to put its discussion, which is very assiduous in legal and administrative contexts, in the realm of education, with special reference to the practice of school counseling. We base on one application mode of this principle, studied by UNICEF (1999, p.9): the one which proposes BIOC as a mediating principle that can help to solve the confusion that might emerge among different rights. Our reflection is inspired by problematic situations involving the crash or collision of rights established in the CRC. The purpose is to approach the way in which the school counselors bases his/her interventions, to explore how he/she integrates BIOC into their foundation and the ways in which he/she conceives this principle. We propose that an

analysis of these conceptions is inescapable as part of any strategy aiming to the effective protection and promotion of children's rights in the educational field.

Key words

Best interests of the child, Educational interventions, Citizenship perspective, Collision of rights

Introducción

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño expresa la síntesis de una larga trayectoria a lo largo del pasado siglo y un cambio de paradigma en su última década. A veintiséis años de la sanción de la ley 23.849[i] por la que el estado argentino ratifica la Convención, se ha avanzado significativamente en el reconocimiento teórico de los derechos de niñas, niños y adolescentes; pero comparativamente muy poco en términos de su cumplimiento efectivo[ii]. Nuestras instituciones educativas, no son ajenas a esta comprobación.

En el contexto de un seminario sobre Derechos de la Infancia y Educación dictado entre agosto y octubre de 2015, en el marco del Componente II del Programa Nacional de Formación Permanente, un grupo de profesionales de los Equipos de Orientación Escolar (en adelante EOE), produjo narrativas para reconstruir críticamente algunas de sus prácticas. El propósito era hacerlas disponibles para otros, para que pudieran interpretarse los sentidos y significaciones que los profesionales producen y ponen en juego cuando escriben y leen, acerca de sus propias experiencias educativas (Suárez, 2005). El trabajo que aquí se presenta está en buena parte inspirado en una reflexión a propósito de la discusión de estos casos referidos a situaciones conflictivas complejas en los escenarios escolares, entendiendo por tales aquellas que producen un quiebre y un impacto en la dinámica habitual en una institución educativa.

En el contexto escolar argentino de principios de siglo XXI, se pretende que las intervenciones que demanden estas situaciones, adopten como elemento estructurante a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CIDN) y las leyes y disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico inspiradas en ella, que han consagrado el paradigma de la Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Una educación inclusiva orientada en la dirección de la justicia social (Connel, 1993), supone a las instituciones educativas como espacios privilegiados de realización de los derechos de la infancia. En un contexto escolar de ampliación de derechos, como marca identitaria de un momento histórico, político y social, la referencia al carácter integral que deben asumir la promoción y la protección de los derechos

de la infancia, se vincula con la universalidad y la indisolubilidad de los derechos. Dicho carácter supone que cada uno de los derechos se encuentra en el mismo nivel de jerarquía respecto del otro. Privados del recurso a establecer un orden de prelación para resolver la colisión en que suelen incurrir los derechos, el interés superior del niño (*en adelante ISN*) se propone como una estrategia de optimización para la máxima concreción posible de todos ellos, según las circunstancias presentes en cada situación. En consecuencia, este principio ha de tenerse en cuenta en cada una de las decisiones que se tomen respecto a las trayectorias educativas y sobre todo en aquellas donde la complejidad que las atraviesa pareciera oficiar a modo de obstáculo para habilitar, alojar e incluir.

El Interés Superior del Niño en el marco de la CIDN

El Comité de los Derechos del Niño señala en la Observación General N°5/2003 que “la adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura”, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención, particularmente habida cuenta de los artículos 2, 3, 6 y 12, que el Comité propone como principios generales: el principio de no discriminación, el ISN como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños, el derecho a la vida y la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia y el desarrollo de los niños, y el derecho del niño a ser escuchado y a expresar libremente su opinión.

Aún siendo considerado un principio rector, el ISN es acaso el más enigmático de los cuatro propuestos por el Comité y el que más discusiones ha dado respecto de su conceptualización como de sus implicancias en la práctica (Alegre, Hernández y Roger, 2014). De la revisión bibliográfica, hemos podido identificar dos posiciones respecto del ISN. Una de ellas es la de quienes consideran que este principio operaría en el sentido de defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares (Freedman, 2007), ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, etc., otorgando la facultad de intervenir con niveles de discrecionalidad inconciliables con una perspectiva de niñas y niños como sujetos plenos de derechos. Esta posición resultaría de considerar al interés superior del niño en continuidad absoluta con la institución del *interés del menor* ligada a la llamada doctrina de la situación irregular. Por otro lado, hay quienes proponen analizar la noción del “interés superior del niño” sólo en el contexto de la CIDN, pues aunque esta fórmula recogida del anterior derecho de familia o de menores, haya sido usada profusamente por diversas legislaciones durante el pasado siglo, adquiere un significado completamente nuevo al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención (Cillero Bruñol, 1999): En tanto alguien se rija por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención, es posible dar al interés superior del niño una *concepción garantista* que promueva la conciliación entre este principio y la protección efectiva de los derechos de la infancia.

El artículo tercero alude directamente al ISN como “una consideración primordial”, casi una norma de procedimiento. Sin embargo, no se hace allí ninguna precisión sobre el mismo. Explorando el texto de la convención, encontramos referencias a este principio en otros cinco artículos. En el artículo 9, se invoca el ISN en los casos en los que el niño deba ser separado de sus padres en situaciones de maltrato o descuido, o por haberse otorgado judicialmente la custodia a uno de los progenitores. En el artículo 18, se hace referencia a la responsabilidad principal de los padres o en su caso, a los tutores, de la crianza y el desarrollo del niño, previendo que su preocupación fundamental sea el ISN. Los artículos 20 y 21, en

los que se establecen medidas para el caso de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, con especial referencia al sistema de adopción, también prevén que el ISN sea la consideración primordial. Finalmente también encontramos una referencia a este principio, en los artículos 37 y 40 relativos a la privación de la libertad y al asesoramiento jurídico del niño considerado culpable o acusado de infringir las leyes penales, respectivamente. De lo anterior se desprende que el sistema judicial es el que más comprometido ha estado siempre con la aplicación del principio del ISN.

Nos proponemos situar esta reflexión, muy asidua en los contextos jurídicos y administrativos, en el *ámbito educativo* y con especial referencia a las prácticas de la orientación escolar. Para ello, importaremos categorías y esquemas de reconocimiento e interpretación propios de los contextos mencionados en primer lugar, siempre advertidos de la especificidad de “lo escolar”. Nos aproximaremos a los modos de aplicación de este principio para tratar de comprender cómo lo conciben los profesionales de los EOE. Nuestra hipótesis es que sus intervenciones se estructuran principalmente a partir de sus concepciones, las que participan en el reconocimiento de los derechos de la infancia, y se constituyen en facilitadores o bien en restricciones subjetivas, para el cumplimiento efectivo de esos derechos en los contextos escolares.

Las concepciones

Para abordar las concepciones de los profesionales de los EOE, se asume una perspectiva teórica desde la psicología cognitiva, particularmente en línea con los trabajos de André Giordan y Gérard de Vecchi (1999). Según estos autores la concepción es el punto de partida para elaborar los conceptos (constructos) que darán la estructura a una red de relaciones mentales que subyacen a la interpretación de una situación. Lo que más nos interesa destacar junto con los autores mencionados, es que se trata de un *proceso* y que las concepciones que el sujeto posee filtran, seleccionan y elaboran la información referida a la situación y que ésta puede completarse, limitarse o transformarse originando nuevas concepciones. Queremos remarcar aquí este carácter procesual de las concepciones porque es posible referirlo al carácter contextual que asume la aplicación de los derechos del niño en situaciones conflictivas complejas en los escenarios escolares.

Llegados a este punto, conviene referirnos brevemente a la diferencia que tanto la filosofía del derecho como la deontología jurídica, establecen entre reglas y principios. Las *reglas* tienen la forma de un juicio de imputación (Kelsen 1993:90): a un supuesto de hecho se le asigna o imputa una consecuencia jurídica, de forma que si se da el primero debe darse el segundo. Los *principios* son definidos como máximas de optimización, o sea, preceptos que han de ser realizados en lo posible *según las circunstancias fácticas y jurídicas existentes* (Alexy 1997, 86).

Los principios tienen como forma de aplicación la *ponderación*, ya que dado su grado de indeterminación, entran fácilmente en colisión con otros principios. Dado que todos los derechos consagrados en la CIDN adoptan, por la misma indeterminación relativa y la pretensión expansiva de su aplicación, la forma de un principio, no debería sorprendernos que habitualmente colisionen. Muy por el contrario, lo que debería inquietarnos, sería que nuestras decisiones relativas a la protección de los derechos de las niñas y niños no incluyeran de ordinario la ponderación de los mismos.

Las intervenciones

Una estrategia que resultó muy fructífera en el marco del seminario realizado con los orientadores escolares, fue la discusión de situaciones dilemáticas encuadradas dentro de las prácticas específicas de estos profesionales. Consideremos una de estas situaciones relatada por uno de los participantes. Se trata del caso de una joven de trece años, víctima de abuso sexual intrafamiliar que habiendo hablado al respecto con una orientadora de su escuela secundaria, se niega una y otra vez a que ésta intervenga en el sentido de denunciar el hecho. Tampoco accede a que la orientadora, alertada por las circunstancias del abuso, medie para que se realice un test de HIV, por temor a que su situación pudiera trascender por ello. La niña manifiesta estar segura de que ese único ataque no volverá a repetirse y le exige confidencialidad a la profesional, dando por cerrado el tema.

Mucho se ha escrito ya sobre el respeto a la intimidad del niño o la niña víctima de delito como garantía, casi siempre en relación con la colisión en que suele incurrir con derechos de terceros como el derecho a la información y a la libre expresión. A ese respecto se ha afirmado por ejemplo que dado que ningún derecho es absoluto, “es obvio que el derecho a la intimidad que forma parte de los derechos personalísimos, tiene rango superior a la libertad de expresar las ideas por la prensa, razón por la cual, en este caso debe preferirse el derecho a la intimidad, resignando al otro” (Ekmekdjian, 1997:100). Existe además abundante jurisprudencia en la que se ha consagrado el deber de protección especial de los niños y niñas y la prioridad de sus derechos frente a derechos o intereses de terceros. Es fácil colegir entonces, que si bien podría discutirse el concepto de derecho a la intimidad que contempla la CIDN en su artículo 16, el profesional del EOE que interviene estaría en principio limitado para socializar el caso con sus pares, el equipo directivo o el inspector de la rama, a menos que lo haga en absoluta reserva de la identidad de la joven. *¿Pero qué ocurre con este derecho a la intimidad cuando colisiona con el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y/o el derecho a la salud (art.24)?*

Al Comité de los Derechos del Niño le preocupa que por lo general, los servicios de salud aún no sean lo suficientemente receptivos a las necesidades de los menores de 18 años, en particular los adolescentes y que no les permitan participar en las decisiones que afectan a su salud sin que esto implique juicios de valor, o requiera el consentimiento parental (Observación N°3, 2003).

En nuestro medio, Ferreyra y Horn (2012) por ejemplo, han investigado las ideas de los niños sobre el derecho a la intimidad en distintos contextos y advierten cómo las prácticas sociales de las que participa cotidianamente el niño no reconocen la incondicionalidad de sus derechos civiles, particularmente del derecho a la intimidad, a pesar de que ellos hayan sido enunciados en la Convención.

Aquí se le imponía al profesional la necesidad de hacer una ponderación de derechos en tanto que *principios*. Sin embargo, se intervino como si los derechos tuvieran el carácter de *reglas* y se invocó el ISN para aplicar un criterio de precedencia o de prelación para resolver lo que implícitamente se consideró un conflicto normativo entre el derecho a la supervivencia y a la salud por un lado, y el derecho a la intimidad, por el otro. Se argumentó además, pertinentemente, que ante la posible comisión de un delito, se atendió a la obligación de denunciar que es un deber que nuestro Código Procesal Penal le exige a todo funcionario público y que constituye un límite al secreto profesional en los códigos de ética que rigen los colectivos profesionales que suelen integrarse en los EOE.

Entre los modos de aplicación del ISN, estudiados por la UNICEF (1999; p.9), se encuentra el que lo propone como un principio me-

diador que puede ayudar a resolver la confusión que se establezca en torno a distintos derechos. Se trata entonces, nada más y nada menos que establecer el ISN en el caso concreto de esta joven adolescente, lo que exige del profesional atender a las circunstancias concretas del caso de forma que se optimicen los principios en juego según las circunstancias de hecho y de derecho presentes en el mismo.

A propósito de esta encrucijada en la que parece quedar atrapado el profesional del EOE, podría argumentarse que dado que el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior (Pérez Manrique, 2006) en virtud del art. 12 de la CIDN, una estrategia posible sería la de involucrar a la joven en la definición de la situación, lo que no excluye la posibilidad de que aún se negara a colaborar en ello.

Conclusiones

Con esta exposición pretendemos dar cuenta de las discusiones que animan nuestra aproximación a la problemática de la aplicación del ISN en los ámbitos educativos, en el contexto de las situaciones conflictivas complejas en el escenario escolar y con particular referencia a las prácticas de los profesionales de los EOE. Advertidos del carácter provisional y fragmentario de este trabajo, aún queremos arriesgar algunas conclusiones:

En cualquier caso, sostenemos que un paso obligado en cualquier estrategia que se proponga la protección y la promoción efectivas de los derechos de los niños en una situación concreta en el ámbito educativo, es el análisis de las concepciones acerca de estos derechos y en particular acerca del ISN en el contexto de la situación que se trate. Pues estas concepciones se corresponden con una estructura o marco de significación; un modelo explicativo que orienta el proceso de una actividad de construcción mental de lo real.

Decir que el carácter contextual de la aplicación del ISN es indisociable del carácter procesual que atribuimos a las concepciones; implica necesariamente que dependiendo de la situación y de la actividad elaboradora que deriva de las concepciones, este principio se orientará hacia el respeto pleno de los derechos del niño o la niña, o hacia el sostenimiento de la vigencia de la institución tutelar operando como un reparo en el mejor de los casos, cuando no una excusa, para intervenir en un sentido contrario a la defensa de los derechos de los niños.

NOTAS

[i] ARTICULO 1° — Apruébase la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) el 20 de noviembre de 1989, que consta de CINCUENTA Y CUATRO (54) artículos, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

[ii] Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de Argentina. *Cuarto Informe No Gubernamental de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina con Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas*. Presentado en noviembre de 2009 ante el Comité de Expertos en Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, organismo que realiza el seguimiento y vigilancia de la aplicación de dicho tratado de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

Alegre, S., Hernández, X. y Roger, C. (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. Cuadernos del SIPI (Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina), N°5.

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cillero Bruñol, M. (2004). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En García Méndez, E., Beloff, M. (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Colombia: Ed. Temis/Depalma. Tercera Edición.
- Cillero Bruñol, M. (1999). Infancia Autonomía y Derechos: una cuestión de principios. En UNICEE-IIN, *Derecho a tener derechos*. Tomo IV. Montevideo.
- Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Generales N° 5 (2003) y N° 12 (2009).
- Connel, R. (1993). "La justicia curricular". En *Escuela y justicia social* (63-79). Madrid: Morata.
- Ekmekdjian, M. (1997). *El Derecho a la Intimidad. La Convención sobre los Derechos del Niño. El orden jerárquico de los Derechos y la Libertad de Prensa*. La Ley. T. D. Pág. 100.
- Freedman, D. (2007). "Los Riesgos del Interés Superior del Niño; o 'Cómo se Esconde el Caballo de Troya' en la Convención". En *Revista Más Derecho*, Bogotá, Colombia.
- Ferreyra, J. y Horn, A. (2012). Discusión sobre las ideas de los niños sobre el derecho a la intimidad desde distintos contextos. IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XIX Jornadas de Investigación VIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Giordan, A. y de Vecchi, G. (1999). *Los orígenes del saber, de las concepciones personales a los conceptos científicos*. España: Ed. Diada.
- Kelsen, H. (1993). *Teoría Pura del derecho*. Trad. de R. Vernengo. México: Ed. Porrúa (7 ed).
- Suárez, D. H. (2005). *Documentación narrativa, experiencias pedagógicas y formación docente. Reconstrucción del proceso de capacitación y de producción de relatos de formación por parte de profesores de Institutos de Formación Docente del Noroeste argentino. Informe del Proyecto UBACyT (F099) "El saber de la experiencia. Experiencias pedagógicas, narración y subjetividad en la trayectoria profesional de los docentes"*. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.