

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE MENORES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. El Derecho de nuestro tiempo suele ser considerado en compartimientos estancos que responden en gran medida a criterios utilitarios, pero urge enriquecer ese enfoque con otros planteos que, a menudo “transversalmente”, rescaten aspectos profundos de la persona, ahora ocultos por esa compartimentalización (1). Entre estas nuevas “ramas” jurídicas, que en modo alguno deben ignorar sino complementar los estudios tradicionales, se encuentra el **Derecho de Menores**, cuya sentido de unidad hoy no se advierte con suficiente claridad por los excesivos fraccionamientos del Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, etc.

A través del Derecho de Menores se advierte mucho **más** que el Derecho de Menores (2). Se advierten las posibilidades de enriquecer las ramas jurídicas tradicionales; de descubrir otras ramas nuevas, como el Derecho de la Ancianidad, y la unidad de lo jurídico, ya que sólo será buen especialista en Derecho de Menores o civilista, penalista, procesalista, constitucionalista, etc., quien sea en definitiva un buen jurista, quien al fin comprenda el deber de repartir a sabiendas con justicia (3).

Como es habitual, la noción de “**autonomía**” no debe ser confundida con la de “**soberanía**”. En la autonomía se trata de principios propios, al fin de soluciones propias, que se manifiestan en las tres dimensiones del mundo jurídico y se proyectan, desde lo material, sobre todo a requerimientos científicos, legislativos, jurisdiccionales, docentes, pedagógicos. Sin embargo, urge tener en cuenta que se trata al fin de perspectivas del Derecho, que ha de responder siempre

(*) Ideas básicas de la exposición del autor del 28 de julio de 1995 en el Curso de Formación Superior en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Homenaje del autor a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y en especial a la memoria del profesor doctor Luciano Molinas (h.) y a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa, en el recuerdo luminoso del Preseminario que cursó con su orientación.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

- (1) Cabe c. por ej. el artículo que escribimos en colaboración con los doctores Ariel Ariza, Mario E. Chaumet, Carlos A. Hernández, Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo M. Soto y Jorge Stáhl “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.
- (2) Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La noción de autonomía material en el mundo jurídico y en el Derecho de Menores”, en AS. VS., “Derecho de Menores”, Rosario, Juris, 1992, págs. 65 y ss.; “Tensiones en la condición de los menores (La identidad, entre pasado y porvenir - Las cuestiones vitales y la vida cotidiana - Los derechos políticos y la incapacidad de Derecho Privado)”, en “Investigación y Docencia”, Nº 24, págs. 57 y ss.
- (3) Acerca de la relación con el Derecho de la Ancianidad puede v. por ej. nuestro artículo “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., Nº 25, págs. 7 y ss.
Respecto de la noción de jurista v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho” 6a ed. 5a reimp. Bs. As., Depalma, 1987, esp. pág. VII

a la exigencia integral de justicia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona (4).

A semejanza del trabajador, del "extranjero" y del anciano, el menor es un ser especialmente **débil** y **necesitado de protección**. En el trabajador la debilidad se plantea en cuanto a la materia, en el extranjero surge de la distancia de la cultura en el espacio, y en la minoridad y la ancianidad de los extremos de la vida en el tiempo.

a) Dimensión sociológica

2. La realidad social del Derecho se constituye con adjudicaciones relacionadas con los hombres, que son repartos, cuando provienen de su **conducta**, o distribuciones, cuando se originan en la **naturaleza**, las **influencias humanas difusas** o el **azar**. Los repartos ocupan la zona nuclear de lo jurídico, pero sólo son comprendidos y realizables en relación con las distribuciones. Los menores se encuentran en condiciones muy limitadas para conducirse y repartir, porque pueden conocer menos las posibilidades y porque tienen menos fuerza para influir en la realidad, y están en mayor medida que los adultos a merced de las distribuciones, no sólo de la naturaleza o el azar, sino de las influencias humanas difusas, que se expresan principalmente en un complejo cultural que ellos reciben, pero en el que pueden influir mucho menos que los adultos. Resultan introducidos sin su voluntad en una cultura hecha por los adultos, que incluso puede resultarles aplastante.

3. Los repartos pueden surgir de la imposición o del acuerdo, constituyéndose así en **autoritarios**, realizadores del valor poder, o **autónomos**, satisfactorios del valor cooperación. Ni en unos ni en otros los menores pueden tener protagonismo. No poseen poder y ni siquiera tienen información suficiente para llegar a acuerdos, en parte porque sus intereses pertenecen a un mundo todavía desconocido.

4. Los repartos pueden ordenarse al hilo del **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realizan el valor previsibilidad, y de la **ejemplaridad**, desenvuelta según el ritmo modelo y seguimiento y satisfactoria del valor solidaridad. Una de las expresiones de ejemplaridad más importantes es la costumbre. Los menores no participan en la planificación gubernamental y son sólo receptores, no generadores, de la ejemplaridad existente, sobre todo de las costumbres elaboradas en épocas anteriores.

5. Los repartos pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas. Si bien son muy importantes los límites que pueden encontrar los repartos de los adultos respecto de los menores, también cabe destacar los límites que encuentran los menores en su voluntad repartidora. Sus fuerzas físicas y psíquicas son inferiores y su participación sociopolítica y sus recursos económicos son inferiores. En la democracia se vota, pero los menores no votan.

(4) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico en que se basan estas reflexiones, cabe tener en c. GOLDSCHMIDT, op. cit., CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

Por lo general están sometidos a la provisión de recursos económicos por los adultos, quienes a menudo se valen de ellos para corromperlos.

b) Dimensión normológica

6. Las normas son captaciones lógicas neutrales de los repartos proyectados, que como tales tienen fuentes reales en los repartos, sean las fuentes materiales de los propios repartos o las **fuentes formales** de las autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.). También existen **fuentes de conocimiento** que constituyen la doctrina. Poco esfuerzo es necesario para advertir que no sólo la producción de los repartos, sino más todavía la de las fuentes formales y las fuentes de conocimiento, no están al alcance de los menores. A ellos no les es posible participar en la elaboración de constituciones, tratados, leyes, etc. ni tampoco en la producción de obras doctrinarias.

7. Las normas se valen de conceptos que pueden poseer contenidos más **institucionales** o **negociales**, mas a los menores las ideas de las instituciones les suelen ser impuestas con más autoridad que a los adultos y habitualmente no les es dado participar en esa negociación. En nuestra época las instituciones están a menudo en crisis y lo están de manera especial la familia y la escuela, que deben ser vías de protección del menor pero éste suele recibir, con frecuencia con acierto, como meras vías de opresión.

Las normas constituyen una dimensión de **lógica** y **discurso** del Derecho y, a través de éste, del conjunto de la vida social, pero esa lógica y ese discurso son patrimonio de los adultos. Los menores están sometidos a la conceptualización, los juicios y el decir de los mayores.

8. El ordenamiento normativo puede ser pensado como una **pirámide**, mas esa pirámide puede ser recorrida sin encontrar en ninguno de sus niveles la participación de los menores.

c) Dimensión dikelógica

9. Los repartos y las normas deben ser justos, de aquí el nombre de la dimensión dikelógica, referida a una de las divinidades griegas de la justicia. El valor justicia ha de realizarse en relaciones legítimas de coadyuvancia o sustitución con otros valores, como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc. y, en definitiva, el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). De entre estos valores, la persona distinta y frágil del menor necesita especialmente la satisfacción del **valor amor**, en la que el amante se abre a la persona del amado, se personaliza porque el amado se personaliza. El niño requiere ser amado y vivir en un clima de amor, como el de la familia. Sin entrar a cuestiones religiosas, que escapan a los fines de nuestra exposición, consideramos que al respecto es aleccionador el sentido del amor en “trinidad”.

En nuestra época predomina, en cambio, el valor utilidad que, desbordado, todo lo refiere

a la relación de medio a fin y se atribuye el lugar de los otros valores. Nuestro tiempo rechaza a los “inútiles”, sin atender a sus otros posibles valores, ni siquiera al valor humanidad que los hombres siempre realizamos por lo menos en alguna medida. De aquí que el menor, en cuanto es a menudo inútil, si no interesa como productor o consumidor presente o futuro, es marginado e incluso eliminado (5). En muchos casos el menor es un instrumento también de sus propios padres.

La época que tiende a “matar” el domingo, el día del ocio y el gozo, el de otros valores distintos de la utilidad, toma pocas cosas en serio, pero no puede comprender cabalmente el tiempo del juego, que sobre todo es la minoridad. También el juego es atrapado por el consumo.

10. La justicia puede descubrirse por diversas vías (“clases de justicia”), entre las que se encuentran la justicia **consensual** y la **extraconsensual**. Nuestro tiempo se refiere con frecuencia de modo radical a la primera clase, mas respecto del menor ella es muy difícil, aunque más no sea porque es muy difícil saber cuál puede ser el consenso respecto de un mundo futuro y desconocido.

11. Las estimaciones de justicia pueden hacerse por **valoraciones** completas o por **criterios generales orientadores**, imprescindibles para simplificar la tarea, pero que a menudo son falsos o por lo menos no legítimos para ciertos casos. Respecto de los menores, tan diversos de los mayores tenidos en cuenta en los criterios generales y proyectados a un mundo desconocido, esos criterios suelen resultar inadecuados.

La justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras**, por lo que se dice que es una categoría “**pan**tónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como no somos ni omniscientes ni omnipotentes, cuando no podemos saber o hacer más debemos fraccionar las influencias de justicia, obteniendo así seguridad jurídica. Los menores son seres especialmente referidos al futuro, respecto del cual los mayores, más comprometidos por el pasado y el presente, pueden saber y hacer poco; de aquí que los mayores suelen comportarse de dos maneras ilegítimas, que al fin les brindan una seguridad indebida: o tendiendo a “prohibirlo todo”, para obtener una seguridad cargada de contenidos, o tendiendo a “permitirlo todo”, para lograr la seguridad vacía de no equivocarse.

La pantonomía de la justicia exige tener en cuenta también otras perspectivas, como el **complejo personal** de la humanidad y la individualización de las **consecuencias**. Sin embargo, los menores suelen ser víctimas del fraccionamiento del complejo personal, desconociendo que son en mucho productos de la sociedad, y del corte en las consecuencias, haciéndoles recipiendarios de impotencias que corresponden a otros. Las tendencias a reducir demasiado la edad de imputabilidad y las agresiones de los padres a través de sus hijos son muestras de esos desvíos. La sociedad que exagera la imputabilidad y los padres agresores se preocupan por su seguridad, prescindiendo del debido desarrollo de la justicia.

12. La justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de **libertad** necesaria para que se

(5) En este sentido suele ser todavía peor la condición de los ancianos, respecto de los cuales suele pretenderse mejorar la expresión “asilo”, que al fin es un amparo de los dolores de la vida, con el término “guardería” que, en la realidad, corresponde a la guarda de personas convertidas en cosas inútiles o el vocablo “residencia”, que indica sólo un lugar donde se está.

convierta en persona. Esto es particularmente necesario respecto de los menores, mas a veces se confunde la libertad con el abandono y en ciertos casos se pretende disimularlo con la corrupción mediante bienes que esclavizan.

13. La justicia exige legitimidad de los repartidores, que puede conseguirse por la **autonomía** (el acuerdo de los interesados) o por la **aristocracia** (superioridad moral, científica o técnica). Ya hemos observado que la autonomía de los menores es muy limitada, pero quizás a su respecto sea posible la legitimación “criptoautónoma”, que obra como el interesado querría que se obrara. Hay que tratar a los menores como ellos desearían ser tratados. Una de las vías para hacerlo es que nos acerquemos a la condición de menores conservando de alguna manera los menores que alguna vez fuimos.

Si bien en general los menores no son aristócratas, vale reconocer que a veces los mayores exageramos nuestra legitimación aristocrática creyéndonos dotados de una superioridad que no tenemos. Baste recordar que el porvenir en que los menores han de vivir nos es en gran medida desconocido. Para que la aristocracia aumente, es necesario desarrollar en la escuela, la familia y la sociedad toda, el conocimiento “pedagógico”, a fin de que la ciencia también contribuya a la guía en la educación del menor.

Entre los objetos repartidores exigidos por la justicia se encuentra la **creación**, opuesta a la rutina. Los menores y su mundo del porvenir requieren una justicia especialmente referida a la creación, diversa del mundo de la rutina en que con frecuencia tendemos a sumergirnos los adultos.

La justicia exige que en los repartos, autoritarios y autónomos, haya audiencia de los interesados, respectivamente a través del **proceso** y la **negociación**. No obstante, como ya señalamos, los menores están en inferiores condiciones para ser realmente escuchados.

14. El régimen justo ha de ser **humanista** y no totalitario, tomando al hombre como fin y no como medio. El humanismo debe ser preferentemente abstencionista, pero subsidiariamente intervencionista (paternalista). Sin embargo, para los menores se hace necesaria de manera particular la intervención de los demás hombres, como tales o como régimen, con el consiguiente riesgo de que sean mediatizados en derivaciones no humanistas sino totalitarias (“totalitarias” individualistas o en sentido estricto), sobre cuya gravedad y frecuencia no es necesario explayarse.

El humanismo requiere que los hombres seamos respetados en nuestra **unicidad**, nuestra **igualdad** y nuestra **comunidad** y que se practique la **tolerancia**, en que podemos elegir entre alcanzar la verdad por un título de fe o de razón. En nuestro tiempo, la utilidad suele excluir al fin la unicidad, quebrar la igualdad, disolver la comunidad y desplegar, en lugar de la tolerancia, la indiferencia o la autoridad. Los menores, especialmente necesitados de todas esas maneras de respeto, son a menudo víctimas de tales desviaciones.

La realización del régimen de justicia requiere proteger al individuo contra **los demás**, como individuos y como régimen, respecto de **sí mismo** y frente a todo “**lo demás**” (enfermedad, miseria, soledad, ignorancia, etc.). Todas estas maneras de la protección suelen hacerse particularmente necesarias respecto de los menores. El **amparo** puede provenir de diversos factores, sea de los otros

individuos como tales o como régimen, de los mismos protegidos, etc., pero en relación con los menores la situación resulta más difícil por su escasa capacidad de participar en su propia protección.

15. Al hilo de las observaciones que anteceden se advierte por qué, como dijimos al principio, a través del Derecho de Menores se sabe mucho más que Derecho de Menores.