

TENSIONES EN LA CONDICION 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) (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Cada perspectiva de la teoría trialista del mundo jurídico puede ser utilizada para comprender los alcances de nuestra vida (1). Así, por ejemplo, es posible entender la vida humana según el grado de conducción repartidora o de distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar que se reconozcan en ella; conforme a la mayor autoridad o autonomía que intervengan en su desenvolvimiento; en atención a la aristocracia o la autonomía en las decisiones, etc. Una de esas perspectivas trialistas, que nos parece muy enriquecedora, es la que se refiere a los sentidos de la "pantomía" (pan=todo, nomos=ley que gobierna) de la justicia (2). La dikelogía goldschmidtiana integrada en la teoría trialista evidencia que el material estimativo de la justicia es la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y su desarrollo evidencia, por ejemplo, un complejo temporal, otro personal y otro real (3).

En este caso hemos de utilizar los despliegues de **pasado, presente y porvenir** y de los **complejos temporal y real** para reconocer las tensiones especiales que se evidencian en la condición de los menores. El despliegue del pasado ha de servirnos para apreciar el derecho a la **propia identidad**; el complejo temporal ha de mostrarnos la posibilidad de distinguir sin escindir las **cuestiones cotidianas** de las **vitales** y el complejo real nos llevará a la necesidad de integrar la **incapacidad de Derecho Privado** con los **derechos políticos** (4).

D) La identidad, entre pasado y porvenir

2. La problemática de la identidad personal -o sea del conjunto de circunstancias que distinguen a una persona de las demás- es siempre muy profunda. En un sentido **amplio**, el

(*) Partes básicas de una investigación realizada a través de una estadía de estudio del Centro Nazionale delle Ricerche (CNR) en el Dipartimento di Diritto Privato Generale de la Università di Palermo.

(**) Investigador del CONICET. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) En relación con la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada dentro de la concepción tridimensional del Derecho, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

(2) Respecto de la pantomía de la justicia puede c. v.gr. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 390 y ss. y 401 y ss.

(3) Hemos planteado una reordenación de los sentidos de exposición de la pantomía de la justicia diferenciando por una parte los sentidos de pasado, presente y porvenir; por otra lo que proviene del mismo reparto (que en cuanto al pasado es antecedente) y lo que proviene de otros repartos y en cada aspecto la individualización de las consecuencias y el complejo personal, temporal y real.

(4) Respecto de la noción de persona pueden c. v.gr. distintos estudios de "Archives de Philosophie du Droit", tomo 34 y TRIGEAUD, Jean-Marc, "Persona ou la justice au double visage", Genova, Studio Editoriale di Cultura, 1990.

hombre va encontrando su identidad a través de una complejidad de **pasado, presente y porvenir**. Esa complejidad puede disolverse de una manera “impura” en la que los momentos se entremezclan y también puede mutilarse en pretendidas simplicidades que aíslan el presente, el pasado y el porvenir, pero sólo se plantea legítimamente cuando los tres momentos se integran en una relación equilibrada. Cada época presenta una identidad diversa, y así, por ejemplo, la ancianidad tiene una mayor carga de pasado, en tanto la niñez posee un mayor significado de porvenir. Sin embargo, en sentido **limitado** la identidad significa el permanecer “idéntico”, o sea a preservar el **pasado** propio, incluso anterior a la propia vida.

Dada la limitada conciencia personal, en la niñez los ataques contra la “identidad” en sentido limitado se hacen muy frecuentes y graves. Es más: a menudo se piensa erróneamente al niño como un ser meramente “futurizo”, sin pasado ni presente que valorar. Sin embargo, la juridicidad de nuestro tiempo ha puesto de relieve reiteradamente la importancia del derecho del niño a su identidad y así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en nuestro país ley 23.849; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) obliga a respetar el derecho a preservar la identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (v. por ej. art. 8) (5). Esto no excluye, como es obvio, el derecho del niño al desarrollo, contemplado v. gr. también en la misma Convención (c. art. 27).

Aunque para reconocer la identidad se requieren enfoques multidisciplinarios con aportes antropológicos, psicológicos, etc., desde el punto de vista jusfilosófico puede decirse, por ejemplo, que la preservación de la identidad significa conservar integradamente el **pasado del complejo personal, el complejo temporal y el complejo real** en que la persona ha vivido. El complejo personal en cuanto a las comunidades familiar, regional, nacional, religiosa, etc.; el complejo temporal en atención a los momentos en que la persona fue concebida, nació, etc. y el complejo real respecto del marco natural, racial, etc. Una persona es en su familia, su región, su nacionalidad, su religión, su edad, su medio natural, su raza, etc., aunque dicha preservación ha de ser integrada en circunstancias que pueden requerir variaciones en algunos de estos aspectos.

El niño se caracteriza por las especiales posibilidades de apertura al “porvenir”, pero para que éste sea cabalmente tal ha de “venir” sobre el pasado y el presente. La adopción, la nacionalización, la conversión, etc. pueden ser cambios legítimos en esas circunstancias, mas para que sean integrados en la persona han de respetar en principio el derecho a la propia identidad.

(5) En cuanto a otras fuentes internacionales para la protección del niño es posible v. por ej. el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), la Convención europea sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y el restablecimiento de la custodia de menores (1980), la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (1989), el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (1993) y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (1994). Acerca de la protección internacional de los menores es posible c. v. gr. CONETTI, Giorgio, “Le fonti internazionali”, en CENDON, Paolo (dir.), “I bambini e i loro diritti”, Bologna, Il Mulino, 1990, págs. 33 y ss. Respecto de la Convención de los derechos del niño puede v. por ej. nuestro trabajo “Convención Internacional de los Derechos del Niño. Su aplicación en el Derecho Interno argentino”, en “Investigación...” cit., N°22, págs. 13 y ss. (v. Nota salvando errata del título en este mismo número). En relación con la Convención Interamericana sobre tráfico de menores es posible tener en cuenta nuestro artículo “Dos nuevas convenciones de la CIDIP”, en “Investigación y Docencia”, N°23, págs. 17 y ss. Acerca de esta convención tratarán las próximas III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado.

II. Las cuestiones vitales y la vida cotidiana

3. Nuestra vida abarca cuestiones “cotidianas”, que en principio no influyen en la existencia de nuestra persona como tal y cuestiones “vitales” que tienen tal influencia de manera directa (6). Los asuntos cotidianos pueden ser **recortados** en el tiempo; los asuntos vitales influyen en el **conjunto** de la vida, a menudo suceden en un instante, pero se difunden en el todo. No obstante, no se trata de compartimientos estancos: las cuestiones vitales suelen componerse de hechos cotidianos y al fin, en más o en menos, los dos niveles se influyen recíprocamente.

Para apreciar el grado de incapacidad que requiere la protección de una persona hay que distinguir las proyecciones cotidianas o vitales de los actos para los que se la incapacita, teniendo en cuenta, no obstante, la interrelación de lo cotidiano que llega a ser vital. Un ejemplo de la diferencia de nivel entre ambos tipos de cuestiones es la distinción que suele hacerse entre los actos de mera administración, que son más cotidianos, y los de disposición, que son más vitales.

En cuanto a la situación de los menores, la fuerza de la diferenciación entre asuntos cotidianos y vitales se manifiesta, por ejemplo, en la admisión consuetudinaria que tiene en la jurisdicción argentina la validez de los contratos de muy limitada importancia, muy cotidianos, que realizan menores impúberes. Vale tener en cuenta que la única manera de lograr la maduración para cuestiones vitales es dar una creciente capacidad para las cuestiones cotidianas. El **equilibrio progresivo** que ha de lograrse entre la incapacidad y la capacidad, hasta lograr el imperio cabal de esta última, debe tender a que el menor sea cada vez más capaz de decidir su propia vida. Así, por ejemplo, el menor debe poder manejarse en la cotidiana compra de golosinas para luego estar maduro en la ya más vital compra de su vivienda. A veces, como en el Derecho argentino, la gradualidad en la maduración se manifiesta en categorizaciones especiales, como la de menores impúberes y “adultos” (7).

III. Los derechos políticos y la incapacidad de Derecho Privado

4. Al declarar a una persona incapaz de hecho, en razón de su inmadurez, se suscita una línea de tensión, no sólo entre dicha incapacidad y la capacidad de derecho, que se otorga en razón de la dignidad, sino en relación con los derechos fundamentales que le corresponden desde el punto de vista político (8). Así, por ejemplo, una persona tiene derecho político a aprender, pero si es menor sus padres decidirán qué y cómo ha de aprender; una persona posee derecho político a la libertad de culto, mejor dicho a la libertad de conciencia, mas si es menor serán sus

(6) Puede c. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 75 y ss.

(7) En cuanto a los niveles crecientes de capacidad de los menores es posible tener en cuenta por ej. CENDON, Paolo - GAUDINO, Luigi, “I problemi generali”, en CENDON, op. cit., pág. 26; BUSSANI, Mario y otros, “I diritti della personalità”, en CENDON, op. cit., págs. 53 y ss.

(8) En relación con la tensión entre los derechos políticos y la incapacidad de obrar del Derecho Privado pueden v. por ej. BUSNELLI, Francesco Donato, “Capacità ed incapacità di agire del minore”, en LOJACONO, Vincenzo (dir.), “Il Diritto di Famiglia e delle persone”, Milano, Giuffrè, págs. 54 y ss.; GIORGIANNI, Michele, “In tema di capacità del minore di età”, en PERLINGIERI, Pietro (dir.), “Rassegna di diritto civile”, Edizioni Scientifiche Italiane, págs. 103 y ss.; . También cabe c. en relación con los menores BONNET, Piero Antonio, “Minore I) Diritto Civile”, en “Enciclopedia Giuridica”, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990.

El artículo 2 del proyecto de ley sobre “Principi di tutela dei diritti dei minori” (Senato della Repubblica - XI Legislatura - N. 1792) dice que debe asegurarse al menor, en cuanto sea compatible con su minoridad, el goce efectivo de los derechos y de las libertades constitucionales sin ninguna discriminación o limitación derivada de características raciales, sociales, religiosas, morales o derivantes de “handicap” relativas al menor mismo o a sus padres.

padres quienes resolverán sobre su formación religiosa, etc. Aquí el complejo real de la vida se limita y la **decisión**, real o supuestamente protectora, adquiere significado por la perspectiva de la vida **toda**. En la práctica el derecho a aprender es el derecho a aprender lo que los padres decidan; el derecho a la libertad de culto es el derecho a la libertad del culto que resuelvan sus padres, etc. El bien de la persona, en su conjunto, es representado por lo que se resuelve respecto de ella.

En esta tensión se evidencia a menudo la falta de ajuste entre dos partes del sistema jurídico, el **Derecho Público** y el **Derecho Privado**, que a veces son resueltas como si fueran compartimientos estancos. La incapacidad de Derecho Privado debe comprenderse a la luz de la jerarquía reconocida en el Derecho Público.

También aquí ha de ir resolviéndose la tensión de manera **gradual**, de modo que el menor pueda ir asumiendo desde su incapacidad el pleno ejercicio de sus derechos políticos fundamentales. Quizás no sea del todo legítimo que, por ejemplo, habilitemos para elegir el gobierno a quien no hemos preparado con amplitud para su autonomía en la decisión respecto de sus derechos fundamentales (9).

IV. Conclusión

5. Es obvio que los **fraccionamientos** de la justicia que se producen cuando sólo se tienen en cuenta el pasado o el porvenir, cuando únicamente se atiende a separar lo cotidiano de lo vital y cuando se mira con exclusividad a la incapacidad de obrar del Derecho Privado producen, como tales, **seguridad jurídica**. Sin embargo, la seguridad no es la justicia misma y para resolver legítimamente las tensiones en la condición de los menores y de los incapaces en general hay que correr a menudo el **riesgo** del desfraccionamiento, abriéndose a la integridad de las dimensiones del tiempo, del complejo temporal y del complejo real.

Las instituciones protectoras, por ejemplo la patria potestad, se apoyan sabiamente en el complejo personal que ubica a la persona en un conjunto humano mayor, como el de la relación paterno-filial. Sin embargo, este complejo personal no ha de excluir el desfraccionamiento de las consecuencias que han de recaer sobre la propia personalidad.

(9) Lo expuesto en el texto no debe hacer ignorar que el voto de los jóvenes aporta el sentido de la vida nueva y que de cierto modo su inmadurez puede estar neutralizada por el peso del voto de las otras generaciones.