

EL SUJETO DE LA PROTECCION EN EL DERECHO DE MENORES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) La noción general de “sujeto”

1. Aunque tienen de cierto modo el mismo origen, las expresiones “sujeto” y “objeto” (1) se diferencian con respectivos sentidos de “**actividad**” y “**pasividad**”. Cada **cultura** tiene su propia noción de sujeto y, así, a la concepción muy fuerte que caracterizó a la modernidad, en notorio crecimiento durante la Edad Moderna y proyectada también en la Edad Contemporánea, le ha sucedido una noción **débil**, típica de la llamada **postmodernidad** (2).

La modernidad tuvo uno de sus momentos más significativos con el “pienso, luego existo” cartesiano y se caracterizó por una muy fuerte referencia a la conciencia y, en general, a la intelectualidad, a la voluntad y a la emotividad del sujeto que era tenido, en mucho, como “artífice” de su propio destino.

Aunque ya comenzó a configurarse el predominio de la utilidad, en la modernidad el “**lugar**” de las personas estuvo determinado por diversos valores. Si en la medievalidad el “puesto” de las personas fue decidido de manera excesiva por la santidad, de forma que podían desenvolverse sin mayores dificultades órdenes mendicantes y al punto que la exclusión respecto de la comunidad de religión traía consecuencias gravísimas, en la modernidad el complejo de las posibilidades situacionales de las personas en la cultura alcanzó mayor diversidad.

Hoy, en la postmodernidad, la referencia a la razón es “débil”, y se sostiene con frecuencia el fin del “mito” del sujeto consciente. Poco queda de la fuerza de voluntad del hombre moderno y también la vida emotiva carece de hondura, la emoción prevalece sobre el sentimiento y la pasión.

(*) Notas básicas de la disertación del autor en el Curso de Formación Superior en Derecho de la Minoridad que se dicta en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (17 de mayo de 1996).

(**) 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) V. en relación con el tema por ej. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 21. ed., Madrid, 1992, pág. 1918 (“sujeto, ta”); FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, Bs. As., Sudamericana, 1965, t. II, pág. 745 (“sujeto”); COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. I, 1980, pág. 26 (“abyecto” y sus derivados).

(2) Es posible v. por ej. nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.

A la luz de aportes científicos que ya brindó la Edad Contemporánea, en la postmodernidad se afirma la idea del hombre como **producto social**.

Aunque en la superficie deja espacios para más diversidades, en lo profundo la postmodernidad es mucho más cerrada que la modernidad, en un sentido radicalmente **económico** y **utilitario**. En nuestros días se puede ser casi todo con facilidad, menos inútil en el proceso de producción, distribución y consumo. Cada uno ocupa, con enorme frecuencia, el “lugar” que le asigna el sistema económico.

El puesto de los ancianos, desplazados muy a menudo de los marcos de amor familiar a los lugares de utilidad de las “guarderías”, sea para que consuman o por lo menos queden arrumbados, es una muestra muy significativa de ello. De allí también la extrema gravedad que puede tener la condición de “desempleado” si la sociedad no desarrolla tejidos utilitarios sustitutivos para sostener la posición de los sujetos de que se trate.

Aunque no dejamos de reconocer que se han hecho muy importantes avances en la condición humana y que se han superado limitaciones infundadas y a veces hipócritas, por ejemplo en ciertos aspectos de las relaciones sexuales, también hay que considerar las perspectivas a veces más limitadas que también tiene la postmodernidad.

2. Es en esas líneas de comprensión del sujeto en general que ha de apreciarse también la condición del sujeto de la protección del **Derecho de la Minoridad**. El sujeto al que nos referimos como protegido, el “menor”, y también sus posibles agresores, son en general sujetos débiles, en mucho concebidos y resultantes de un sistema social. En una cultura dominada por la ubicación económica los menores que resultan “inútiles” tienen pocas posibilidades de sobrevivir.

También aquí, como en otras muchas cuestiones, sin perjuicio de las muy valiosas soluciones parciales hay que tener en cuenta que los problemas pueden responder a condicionamientos muy fuertes del conjunto social. Junto a la adopción de valiosas soluciones de perspectiva “**microjurídica**”, que en modo alguno se deben desatender, hay que procurar asimismo, en la mayor medida posible, respuestas “**macrojurídicas**”.

b) La condición general de “menor”

3. Aunque a veces es útil para expresar rápidamente un conjunto temporal compuesto por la niñez y la adolescencia, la expresión “menor” es claramente reveladora de una especie de “deficiencia”, de “menor” condición, en mucho porque quienes piensan y resuelven el Derecho son “mayores”. El Derecho de Menores es tal para los mayores.

Es esclarecedor superar los alcances de la expresión “menores” incluso, si es posible, sustituyéndola por otras más jerarquizadoras como “**niño**” y también “**adolescente**”, aunque la voz “adolescencia” ya supone que hay una superación en el logro de la condición adulta.

Una de las cuestiones altamente significativas respecto de la llamada “minoridad” es la de

resolver, como en todos los momentos de la vida, si tiene valor **en sí** misma o sólo como resultado o, en este caso, sobre todo como **preparación** para otro momento, como el de la edad adulta.

Pese a la valorización de la niñez, que encontró uno de sus momentos más brillantes en el pensamiento rousseauiano con todas sus consecuencias, la práctica de la modernidad fue sobre todo tener a la minoridad como una mera preparación para la edad adulta. Tal vez en la actualidad la situación no haya mejorado mucho, aunque niñez, adolescencia y edad adulta son relativamente homogeneizadas por lo menos en el utilitarismo del consumo.

4. Las líneas que separan las diversas edades de la vida tienen distintas referencias no sólo **“biológicas”**, sino también **culturales**. Se es **“menor”** en relación con diferentes realizaciones situacionales que en mucho dependen de los **valores**, más específicamente, de la **maduración** para la plena satisfacción de ciertos valores por uno mismo, característica de la mayoría de edad. De aquí que las edades respectivas puedan resultar muy diversas. No es la misma la maduración para los diferentes aspectos de las realizaciones de la utilidad, el amor, la justicia, la verdad, etc.; no es la misma la maduración para el trabajo, el matrimonio, la participación en la elección del gobierno y en el gobierno mismo, la contratación, la investigación, etc. y todo esto también es distinto según las culturas de que se trate. Las fronteras entre la minoridad y la mayoría de edad son altamente **heterogéneas**.

Una vez reconocida la diversidad de perspectivas para diferenciar la mayoría y la minoridad desde ese punto de vista relativamente **“estático”** hay que atender al **proceso** de su **“dinámica”**. Se trata de una modificación generalmente **gradual** y entendemos que uno de los puntos de vista de dicho cambio es la **“experiencia”** que se obtiene por la sucesión de intentos y ensayos realizados en libertad para alcanzar la maduración en la satisfacción de los valores por actos propios.

El proceso de adquisición de la edad adulta, desarrollada, no surge del mero transcurso del tiempo, sino del apropiado despliegue de la **temporalidad** como oportunidades asimiladas para realizar los valores. Los niños y los adolescentes son, en consecuencia, seres especialmente necesitados de experiencia.

c) Caracterización jurídica de la minoridad

5. La comprensión del Derecho en general y de la condición de menor resulta particularmente enriquecida a la luz de la **teoría trialista del mundo jurídico**, elaborada dentro de la concepción tridimensional (3).

1) La condición del menor en el mundo jurídico

a’) El mundo jurídico en general

a’’) Dimensión sociológica

(3) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; 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 "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

6. En la dimensión sociológica el mundo jurídico se constituye con un núcleo de **repartos**, que son adjudicaciones provenientes de la conducta de seres humanos determinables, y una periferia de **distribuciones**, adjudicaciones desarrolladas espontáneamente por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. La modernidad acentuó el papel de los repartos, en tanto la postmodernidad acrecienta la participación de las distribuciones. El menor se caracteriza en este sentido por su escasa capacidad de conducción y su mayor dependencia de las **distribuciones**. El adulto como tal tiene más capacidad de fijarse metas y encontrar los caminos para alcanzarlas.

7. Los repartos pueden ser **autoritarios**, desenvueltos por imposición y realizadores del valor poder, o **autónomos**, desarrollados por acuerdo y satisfactorios con miras al valor cooperación. La minoridad significa una situación de inferioridad respecto de la posibilidad de participar en acuerdos y una condición de mayor sujeción a las **imposiciones** de los demás.

8. Los repartos pueden ordenarse en un régimen según el **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad y conforme a la **ejemplaridad**, que surge del modelo y el seguimiento y satisface el valor solidaridad. Los menores no suelen participar en la fijación del plan de gobierno y no poseen el poder que suele acompañar su marcha; la previsibilidad del plan les es inadecuada, porque son seres **“imprevisibles”**. No toman parte significativa en la constitución de los modelos y en especial no han tenido el tiempo que requiere la ejemplaridad cuando es costumbre. De cierto modo son **“extraños”** en el régimen hecho por los adultos, y de aquí los grandes conflictos de adaptación en que suelen encontrarse los adolescentes.

Aunque hay que reconocer que esa **“extrañeza”** de los menores es en parte fundada y legítima, porque pertenecen en mucho a un tiempo que vendrá, y pese a que se ha de evitar **“domesticarlos”**, una de las maneras de ayudarlos a integrarse en el régimen, en el que se sienten y de cierto modo son extraños, es salvar la distancia **“re-flexionando”** a la luz de la condición de menores que alguna vez tuvieron los adultos, condición que, sin embargo, las diversas culturas suelen tratar de marginar. La modernidad impuso a los adultos que tuvieran particular cuidado en olvidar que alguna vez fueron niños y adolescentes.

9. Los repartos de los menores suelen tropezar con más **límites necesarios** que los de los adultos y, a su vez, también los repartos respecto de ellos chocan con particular frecuencia con esos obstáculos. Ser menor es de cierto modo poder hacer menos.

b'') Dimensión normológica

10. En la dimensión normológica se integran **normas generales**, que disponen para casos futuros y realizan el valor predecibilidad, y **normas individuales**, que establecen para casos

pasados y satisfacen el valor inmediatez. Una de las fuentes más significativas de normas generales es la ley, en especial cuando se trata de Derecho Penal liberal. Una de las fuentes más caracterizadas de normas individuales es la sentencia. Es notorio que los menores suelen ser marginados de la generación de normas y que la predecibilidad les es particularmente inadecuada porque son en gran medida “**impredicibles**”. Tal vez sea ésta una de las razones por las que no les es tampoco adecuado el Derecho Penal.

11. Las normas pueden constituirse de manera **institucional** o **negocial**. La institucionalidad consagra ideas que se realizan en el tiempo. A los menores les es poco posible intervenir en la negocialidad, de modo que se caracterizan por nacer y vivir en mucho en marcos institucionales. Estos marcos pueden ser protectores o destructores y, en nuestro tiempo de la postmodernidad, la crisis de las instituciones protectoras es muy grande, como proyección del porvenir sobre todo en el despliegue de las posibilidades que van abriendo la procreación asistida y la llamada ingeniería genética.

La propia plenitud de la noción de persona de los menores está de cierto modo afectada por la de **incapacidad de hecho**, cuyo fundamento es precisamente la inmadurez.

12. También la estructura del ordenamiento normativo refleja, vertical y horizontalmente, la condición de inferioridad de los menores, respecto de los cuales, según ya hemos señalado, la habilitación para la generación de normas es muy limitada. Los menores están instalados en el ordenamiento de los adultos, pero no lo producen.

c'') Dimensión dikelógica

13. En la dimensión dikelógica, referida al valor justicia, las diferentes personas suelen requerir distintas integraciones de éste con otros valores. Si bien todas las personas somos en profundidad **misterios**, partes del gran misterio del universo, los menores lo son de manera especial, en mucho por la distancia que los separa de los adultos.

Para abrirse al misterio es necesario realizar el valor amor, en el que unos se abren a los otros porque se realizan por la realización de los otros. Los menores, signados de manera particular por el misterio, requieren una justicia especialmente iluminada por el **amor**. Sin embargo, como hemos indicado, la postmodernidad es un tiempo caracterizado no sólo por la fuerte presencia de la utilidad, valor casi opuesto al amor, de cerramiento en fines de satisfacción de necesidades propias, sino por su arrogancia, que se atribuye el lugar de la justicia y del mismo amor, y por su subversión contra la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Así como la modernidad conoció muchos casos de avasallamiento de la condición de los menores por su introducción en el circuito utilitario en carácter de productores, hoy se suele avasallar su condición introduciéndolos radicalmente en la sociedad de consumo donde reina la utilidad.

Los menores están particularmente limitados para realizar otros valores, de verdad, belleza, utilidad, etc., pero les cabe, por lo menos, el crédito básico de **humanidad** que tiene todo ser de nuestra especie.

14. La justicia puede descubrirse por diversas vías, que denominamos “clases” de dicho valor. Por ejemplo, puede reconocerse por sendas **consensuales** o **extraconsensuales**, pero si bien nuestro tiempo se caracteriza por un casi radical consensualismo los menores requieren muy a menudo el descubrimiento **extraconsensual**. Su consenso es, en todo caso, más hipotético que real.

La justicia puede reconocerse **sin** o **con acepción** (consideración) de personas, con roles recortados o con atención a las personas en su integridad. Pese a que nuestra época se caracteriza por el imperio de la justicia sin acepción de personas, la minoridad necesita con gran frecuencia el descubrimiento más allá de los roles recortados, **con consideración** de la integridad personal.

La justicia puede descubrirse de manera **simétrica** o **asimétrica**, es decir, con fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias, y el mayor simetrizador es la moneda. Aunque todavía en la modernidad el poeta popular pudo señalar que el mundo actual se parece a la vidriera irrespetuosa de los “cambalaches” donde los objetos son unidos sólo por su valor monetario, los menores requieren con particular intensidad el reconocimiento de **asimetrías** que escapan en mucho a la moneda con la que, por el contrario, a menudo se los corrompe.

La justicia puede descubrirse de manera **conmutativa** o **espontánea**, con o sin contraprestación. La primera tiene un paradigma en la compraventa, la segunda en la donación. Pese a que vivimos en el reinado de la contraprestación, en que todo es relacionado con su pago, la minoridad nace y sólo se desarrolla en un marco fuertemente signado por la **espontaneidad**, por la donación.

La justicia puede encontrarse por sendas **de aislamiento** o **de participación**. Nuestra época es caracterizada por el fuerte imperio del aislamiento, mas la minoridad requiere en mucho de la **participación**.

Aunque el descubrimiento de la justicia puede hacerse por caminos de referencia **particular** o **general** (dirigida al bien común) nuestro tiempo está signada por el avasallante predominio del primero. Sin embargo, la minoridad exige en mucho el sentido de la justicia **general**.

La justicia puede tener más referencias **de partida** o **de llegada**. En nuestra época, centrada en el presente, la comprensión de esta tensión no es frecuente, pero la minoridad requiere en mucho el sentido de la justicia **de llegada** (4).

15. La justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras**, produciéndose así la base de la llamada “pantomía” de este valor. Cada época concibe la temporalidad de una manera diferente, con distintas integraciones de pasado, presente y porvenir. Como hemos señalado, nuestro tiempo parece referido a un permanente presente, mas la minoridad es una condición **“futuriza”**, aunque con un sentido de futuro abierto, distinto del futurismo

(4) Es posible v. nuestro estudio “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

preestructurado de la modernidad.

La pantonomía de la justicia requiere que las **consecuencias** sea recibidas por los sujetos que correspondan, mas la debilidad de los menores hace que a menudo sean víctimas de los fraccionamientos de dichas consecuencias pagando por otros a quienes se desea castigar.

La justicia puede descubrirse mediante **criterios generales orientadores** que contribuyen a facilitar las decisiones, pero con frecuencia requiere **valoraciones** completas porque esos criterios son infundados o inadecuados para los casos de que se trata. Los criterios generales elaborados por los adultos, en base al conocimiento de realidades del pasado y el presente, suelen no ser válidos para la condición de los menores, particularmente necesitada de **valoraciones completas**. No es sin motivo que los menores -a veces en exceso- son seres **críticos**.

16. La legitimación de los **repartidores** puede ser **autónoma** y provenir del acuerdo de los interesados o **aristocrática**, originándose en su superioridad moral, científica o técnica. Nuestro tiempo se caracteriza por la gran referencia a la autonomía (en realidad infraautonomía, por la orientación sólo mayoritaria) de la democracia y por la conversión de la aristocracia en mera tecnocracia. El acuerdo de los menores puede no tener las condiciones de lucidez e información que lo hagan realmente tal como criterio de legitimación y, por su misma condición, los menores no pueden contar con superioridad científica o técnica. Por ello es necesario que los repartidores para los menores cuenten con gran superioridad **aristocrática** y que se constituyan en repartidores **“criptoautónomos”** porque contarían con el acuerdo de los interesados en caso que éstos estuvieran en condiciones de prestarlo. La tarea conjetural de la voluntad final de los menores es especialmente significativa.

La legitimidad de los **recipiendarios** depende de **merecimientos** en sentido amplio, que pueden ser **méritos** provenientes de la conducta o **merecimientos** en sentido estricto surgidos de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. La brevedad del tiempo transcurrido limita la posibilidad de los menores para reunir méritos, de modo que es muy importante atender a sus **merecimientos**.

Entre los objetos repartideros figura en lugar destacado la **creatividad**, opuesta a la rutina que, sin embargo, tiende a reinar en la postmodernidad. Cada vez más el imperio actual de la rutina se advierte en el vacío del ocio del “domingo”, día del Señor, en que los hombres deberíamos ser “señores” pero no podemos encontrar el camino de la creatividad. Sin embargo, la condición de los menores, referida a un futuro desconocido, exige gran **creatividad**.

Una de las tareas más significativas para repartir a los menores las potencias debidas es la **educación**, entendida debidamente como desenvolvimiento de las propias posibilidades y no como imposición.

17. La justicia exige que el régimen sea **humanista**, es decir, que tome a los hombres como fines y no como medios. Ese humanismo puede ser **intervencionista** (paternalista), con el

consiguiente riesgo especial de caída en el totalitarismo, o preferentemente **abstencionista**, con el respectivo peligro particular de desvío al individualismo. La particular condición de los menores los coloca ante la necesidad de un **paternalismo** que ceda en la mayor medida posible ante el **abstencionismo**, pero su mediatización y los comportamientos totalitarios son particularmente intensos.

El régimen de justicia requiere la **protección** del individuo contra los demás, el mismo régimen, sí mismo y todo lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.) atendiendo siempre a las particularidades de los casos. Cada sistema jurídico consiste en una particular composición de estos recursos. Los menores agregan a la dificultad para encontrar la debida integración de tales instrumentos requerimientos particulares de protección en todos los frentes, pero muy intensamente contra **los demás, sí mismos y lo demás**.

b') Las ramas del mundo jurídico

18. La particular condición de los menores se muestra en el conjunto del complejo jurídico. Todas las ramas del Derecho deben atender a ella, sobre todo para brindarles la protección que requieran, pero asimismo es necesario enriquecerlas con el planteo complementario del **“Derecho de Menores”**.

2) La condición del menor en el horizonte político general

19. En el horizonte político general, donde se inscribe el Derecho como política jurídica, la condición de los menores presenta exigencias desde muy diversas ramas, no sólo de política jurídica sino de política sanitaria, científica, artística, educacional, etc., confluyendo todos estos requerimientos en la necesidad de una **política para la minoridad**.

3) La condición del menor en el horizonte filosófico general

20. La complejidad de los problemas de la protección de los menores sólo puede apreciarse cabalmente desde una perspectiva **realista genética**, que reconozca que el sujeto no crea sino descubre al “objeto”, en este caso, sobre todo que el sujeto adulto no crea sino descubre al sujeto menor.

Las cuestiones de la minoridad reclaman **estudios interdisciplinarios** que las comprendan en **complejidad pura**, sin mezclas ni compartimentalizaciones.

En última instancia, la comprensión del sujeto de la protección del Derecho de Menores requiere una mente especialmente abierta al **infinito del universo** (5).

(5) Pueden v. además nuestros trabajos “La noción de autonomía material en el mundo jurídico y en el Derecho de Menores”, en As. Vs., “Derecho de Menores”, Rosario, Juris, 1992; “Nuevas reflexiones sobre la autonomía del Derecho de Menores”, en “Boletín ...” cit., Nº 20, págs. 99 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.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 25, págs. 7 y ss.