



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales

8<sup>vo</sup> Congreso Nacional  
de **Sociología Jurídica**  
*"derecho, democracia y sociedad"*

---

**Comisión 4: La efectividad de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.**

**Efectivizar la escucha y el deseo en la construcción del concepto sujeto de derecho. Aportes para la construcción del concepto "niño como sujeto de derecho".**

**Autora: Laura N. Lora<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. FACULTAD DE DERECHO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES AMBROSIO L. GIOJA. JEFE DE TRABAJOS PRÁCTICOS.



**“...Por razones económicas o por miedo a la aventura, a lo desconocido, toda sociedad desconfía de la libertad de los jóvenes, de su impaciencia. En el fondo ¿ la sociedad quiere una profunda mejora de la condición del niño? Se le reconocen derechos. Se lucha contra la desnutrición, se condena-tibiamente-los malos tratos, pero ésta es la parte visible del iceberg. Pues todos los otros niños que tienen prácticamente lo que necesitan material y orgánicamente, ¿con que cuentan para desarrollarse como personas?...la sociedad tiene miedo del genio propio del niño.”**

**Dolto Françoise**

En este trabajo se focalizará, a partir de diferentes autores y nociones, el concepto de “niño solo”, “menor” y de “niño sujeto de derecho”, sumando a estas reflexiones sobre la comprensión de la situación de la infancia categorías como la de deseo. Así, a la visión de un asesor de menores del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que será transcrita literalmente, se sumara el pensamiento de Francesco Tonucci, y de Dolto Françoise, autores europeos, ya que ellos ponen en evidencia la contradicción manifiesta entre una legión de personas, un universo de recursos destinados a los niños y el hecho de que el niño sigue estando solo: No está integrado a la familia o a la sociedad. Sigue solo frente a la pantalla de la televisión o en medio de la calle.

Luego se señalará el uso del concepto “menores objetos de protección”, citando a tal fin a Mary Ana Beloff, especialista en temas de la infancia, quien también muestra otros planos de contradicciones, como el que surge si no se aplica el concepto de *responsabilidad en los niños*.

Desde otra perspectiva, Eva Giberti, aclara que la utilización del concepto “menor” remite a una base de contenido axiológico, ya que todos somos mayores o menores respecto de alguien.

Finalmente la concepción del deseo como atributo de la persona que es el niño complementaran la noción sujeto de derecho. Se incluirá preliminarmente a este análisis la noción de deseo de Spinoza.

## **Desarrollo**



La soledad del encierro y la consecuente imposibilidad para la autonomía del niño referidas seguidamente provocan un repensar la infancia:

*"...La casa es como un castillo en pequeño, en cuyo interior todo el mundo puede sentirse seguro..."*

*"La privatización del espacio es un fenómeno de los tiempos modernos..."*

*"Siendo reducido su espacio de vida, lo que gana en intercambios colectivos con sus padres, ( si es que están )....lo perderá en autonomía, en contacto con los demás.*

*Este encierro burgués le brinda una protección ilusoria, porque solo la experiencia de los riesgos lo inmuniza realmente contra los peligros que pueden amenazar su integridad física".<sup>2</sup>*

Aún mas, sostiene Tonucci:

*"En la actualidad, se afirma y se proclama el derecho del niño a su infancia, a tener una familia, a jugar, a ir a la escuela, a no ser utilizado para el trabajo. Ni siquiera el padre puede violar estos derechos, a riesgo de perder la patria potestad. El niño no puede ser ofendido, no puede ser golpeado, no puede ser discriminado. Aún el niño diverso, de otra cultura, de otra religión o discapacitado, goza de los derechos de todos, entra a la escuela de todos, debe ser adecuadamente insertado. Todo ello hace medio siglo era impensable.*

*Desde hace varias décadas, la investigación psicológica se ocupa de modo casi obsesivo del mundo del niño, de sus pulsiones, de su pensamiento, de su lógica, de su lengua. Se recogen sus primeras frases, se estudian sus conocimientos espontáneos, se analizan sus garabatos. Los investigadores buscan en el niño las raíces, la explicación del hombre.*

*Y se publican libros de pensamientos, de escritos, de dibujos de niños, se filman películas que ilustran la vida del niño, se emiten programas televisivos que tienen como únicos protagonistas a los niños, con sus respuestas a menudo imprevisibles ante las preguntas difíciles de los adultos.*

*Se dedican al niño congresos nacionales e internacionales.*

<sup>2</sup> DOLTO, CAP. 4: EL ENCIERRO, EN LA CAUSA DE LOS NIÑOS, ED PAIDOS, BUENOS AIRE 1996



*Pero justamente en este siglo que con todo derecho puede ser llamado el siglo del niño, éste es golpeado por un sufrimiento nuevo y desconocido para sus pequeños predecesores: La soledad.”<sup>3</sup>*

Señala Dolto

*“...Busquemos un denominador común de la infancia: ningún niño este bien alimentado o carezca de vivienda adecuada, esté escolarizado, sea el pequeño campeón o el pequeño esclavo, ninguno es tratado como persona. ...”*

*“Desde hace siglos, el discurso sobre el niño subraya mucho mas su inmadurez que su potencialidad, sus aptitudes propias, su genio natural. El discurso científico ha tomado el mismo partido...”<sup>4</sup>*

Al pensamiento de este autor italiano y de esta pensadora francesa hay que sumarle o agregarle que en nuestra sociedad moderna o posmoderna , según, sigue tratándose al niño como “menor”, objeto de protección.

Si el niño es “menor”, siempre corre riesgos, y debe ser protegido, defendido. Así es como lo consideraron y consideran nuestras legislaciones nacionales, y nuestro tribunales, privándolo en la práctica de los derechos que le son inherentes en cuanto persona.

Todos nosotros somos menores o mayores respecto de alguien, y ello depende del punto de vista o del parámetro considerado, pero el niño es “menor” siempre, por definición. Tampoco se le reconocen sus derechos cuando se expresa el niño vale por lo que será, por lo que llegará a ser, no por lo que es; sólo tiene derecho al futuro. Es el futuro ciudadano, no un ciudadano.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Tonucci, Francesco, La ciudad de los niños. Un modo nuevo de pensar la ciudad, Ed. Losada, Buenos Aires, 1996, págs. 42/43.

<sup>4</sup> Dolto op. cit., pág 130. Además Capítulo 8 La causa de los niños primer balance y el Cap 5 El niño cobayo.

<sup>5</sup> En la década del '90 el concepto “ciudadanía” se ha convertido en una palabra que resuena todo lo largo del espectro político. “...el concepto de ciudadanía parece integrar las exigencias de justicia y de pertenencia comunitaria... El concepto de ciudadanía está íntimamente ligado, por un lado, a la idea de derechos individuales y, por el otro, a la noción de vínculo con una comunidad particular. ... No es sorprendente pues, que haya cada vez mas invocaciones a una “teoría de la ciudadanía” que se ocupe de la identidad y de la conducta de los ciudadanos individuales, incluyendo sus responsabilidades, roles y lealtades. Kymlicka Will y Wayne Norman, El retorno del ciudadano, en Ciudadanía el Debate Contemporáneo, en Ágora, Cuadernos de Estudios Políticos, Invierno de 1997, N° 7, págs. 5 a 42.



Ya Dolto afirmaba: “ *La sociedad adulta tiene dificultad para indagar en la realidad intrínseca de la infancia sin recurrir a un criterio de orden económico, al rendimiento, a la rentabilidad. El niño es el futuro hombre al que hay que formar y armar para que sea productivo...*”<sup>6</sup>

En el plano jurídico, el sistema de las naciones unidas de la protección integral de la infancia que surge de la CIDN, de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales, produce un cambio en la concepción de la infancia. Los lineamientos del modelo de la protección integral constituyen un marco renovado, que considera al niño-adolescente sujeto pleno de derechos.

Para poder determinar en que medida una ley se acerca o se aleja de la CIDN y por lo tanto del modelo de la protección integral, Mary Beloff señala que las condiciones personales, familiares y sociales son aspectos que caracterizan a una ley de la situación irregular, convirtiendo al menor en objeto de intervenciones estatales, coactivas. A partir de esta concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coincide con los que están fuera del circuito familia – escuela (los menores), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes no trata, salvo actualmente cuando con la aparición de las recientes legislaciones se emplea en los títulos de las leyes, a modo de ejemplo, ley de niños, niñas, adolescentes y jóvenes a sabiendas de que la utilización de “menor” posee una carga negativa.

También aparece que la protección es de los “menores” en sí mismos, de ahí la idea de que son “objetos de protección”.

Por eso, “la protección” que estas leyes otorgan frecuentemente violan o restringen derechos, porque no están pensadas desde la perspectiva de los derechos.

APARECE TAMBIÉN LA IDEA DE INCAPACIDAD. VINCULADA CON ESTA ÚLTIMA, ENTONCES LA OPINIÓN DEL NIÑO ES IRRELEVANTE. EN ESTE SENTIDO SE HA SOSTENIDO QUE LA NORMATIVA ACTUAL RELATIVA A ESCUCHAR LA OPINIÓN DEL NIÑO ES FRAGMENTARIA, DESORGANIZADA Y CONTRADICTORIA. EN EL ORDENAMIENTO CIVIL EN ALGUNOS CASOS NO SOLO SE EXIGE ESCUCHAR AL MENOR SINO QUE SE LO CONSIDERA VINCULANTE. EN OTROS CASOS LA OBLIGATORIEDAD SE DETERMINA TENIENDO EN

---

<sup>6</sup> pág. 131



CONSIDERACIÓN LA EDAD DEL MENOR. EN ALGUNOS CASOS COMO LOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PROGENITORES NI SIQUIERA SE TIENE EN CUENTA.<sup>7</sup>

UN TRABAJO REALIZADO POR ALUMNOS DE LA FACULTAD DE DERECHO SOBRE ADOPCIÓN DE HERMANOS, SEÑALA QUE EN CUANTO AL DERECHO A SER OÍDAS LAS NIÑAS ENTREVISTADAS, (ENTRE 15-19 AÑOS DE EDAD), QUE SE ENCONTRABAN EN UN HOGAR EN CONDICIONES DE ADOPTABILIDAD, NO PLANTEARON QUEJA ALGUNA, SIN EMBARGO DICEN QUE PEDIR AUDIENCIAS CON EL JUEZ ERA UNA PERDIDA DE TIEMPO, YA QUE SI BIEN SE LAS ESCUCHA, LOS JUECES NUNCA CUMPLEN CON LO PROMETIDO. MUESTRAN DISCONFORMIDAD CON EL SISTEMA DE ADOPCIÓN PUESTO QUE SON ELLAS LAS QUE MAS SUFREN ANTE LA FALTA DE CELERIDAD. FUERON SOMETIDAS A ABUSOS LEGALES DEL TIPO DESIGUALDAD DE TRATOS Y CAMBIOS DE JUECES. NADIE LES EXPLICA PORQUE SIGUEN INSTITUCIONALIZADAS Y ELLAS SIGUEN CRECIENDO. CONCLUYEN QUE PREFIEREN VIVIR EN LA INSTITUCIÓN CON LA CONTENCIÓN QUE ALLÍ SE LES BRINDA QUE "VIVIR EN FAMILIA: ALGO QUE EXPERIMENTARON MUY POCO".

MAS AUN EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO DE ESTAS NIÑAS NO SE ENCUENTRA EFECTIVIZADO.

OTRO ASPECTO A CONSIDERAR ES EL DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS DECISIONES. SI BIEN NO SE PUEDE DELEGAR LA DECISIÓN DEL CONFLICTO EN EL NIÑO EL JUEZ DEBE CONSIDERAR LA POSIBILIDAD DE COMPARTIR ESTA RESPONSABILIDAD.

Por otra parte al no estar el juez limitado por la ley, tiene facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño.<sup>8</sup>

¿ Qué entendemos entonces por *sujeto*? ¿qué por *sujeto de derecho*? El estado actual de mis reflexiones indica que:

Un sujeto es quien construye su subjetividad, su ser persona, su personalidad, a partir de sus propios deseos.

En este sentido son necesarias preliminarmente algunas reflexiones sobre el deseo.

*Para Spinoza las pasiones, o mutaciones como él las llama, no son estados sino procesos, no son estáticas sino transicionales, pasajes vividos de menos a mas o viceversa, dentro de la potencia de obrar humana. " Pero la mutación en si misma aquella que compromete todo el ser, definiendo su esencia es el deseo. El deseo es el esfuerzo consciente por perseverar en el ser, la pasión expresiva de la esencia toda del hombre. De la esencia proceden las dos pasiones fundamentales: la alegría*

<sup>7</sup> Escuchar en manera adecuada al menor significa en realidad no solo preguntarle un parecer y una indicación sobre que hacer sino tratar de comprender sus exigencias y el modo con el cual el se pone de frente a los sucesos. Significa dar espacio para que los problemas, las expectativas, las reales exigencias puedan emerger. Significa no solo sentir al chico sino darle la ocasión de hablar también a los padres, porque para comprender al chico es indispensable prestar atención también a todos los mensajes que provienen de su contexto familiar y del mundo que lo rodea ya que solo a través de ellos se pueden individualizar intervenciones que tengan posibilidades concretas, en el contexto, para incidir positivamente en su posterior desarrollo. Moro, A. C. Manuale di diritto minorile, Il Mulino Pág. 296

Sobre la revisión del derecho del niño a ser oído, la posición de parte de la doctrina italiana se puede consultar en Moro Alfredo Carlo, Manual de derecho del menor, Ed. Il Mulino, Italia, 2006 .

<sup>8</sup> BELOFF, MARY, "LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL ÁMBITO INTERNO, EN "LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES", COMPILADORES MARTÍN ABREGÚ-CHRISTIAN COURTIS, CELS, 1997, BUENOS AIRES, PÁGS. 623 A 635.



*(laetitia), que es la pasión por la cual el alma pasa a una perfección mayor; y la tristeza (tristitia) pasión por la cual el alma pasa a una perfección menor.*

*Deseo, alegría y tristeza: "...fuera de estos tres, no reconozco ningún otro afecto primario (primitivo)". "La tristeza es la "depresión" que experimentamos cuando nuestra potencia de vida se encuentra disminuida, cuando otros seres o causa exteriores incognoscibles condicionan hacia un estrechamiento a nuestro propio ser.*

*La alegría y la tristeza involucran también al cuerpo..."<sup>9</sup>*

Bajo el subtítulo "Alimentar el deseo..." podemos encontrar otro aporte de Dolto, Françoise, a este tema. En este sentido me parecen representativos los siguientes fragmentos:

"...el niño vive más de palabras y del deseo que se tiene de comunicarse con el sujeto que él es, que de cuidados físicos -asegurado claro está el mínimo vital-. Todo lo que se ponía en primer término, la higiene, la dietética, posee su valor en cuanto al organismo, ¡pero solo vale en segundo lugar! El lazo corporal cobra sentido gracias al lazo afectivo.

Lo primordial es la disponibilidad del adulto para entrar en contacto verbal y afectivo con este niño...."

"...La creatividad del ser humano proviene de sus deseos reprimidos en un clima afectivo lo bastante gratificante para que pueda sublimarlos a ejemplo de quien lo rodea.... Creo que cuanto más diferencia hay entre los seres, más creativo es el deseo contrariado.

Con las adquisiciones y los datos de la ciencia hay que cuidarse de pretender crear condiciones ideales, pero hay cierta actitud respecto de los niños, y sobre todo una actitud verbal, que permite decir estas diferencias, estas faltas, y que justifica y humaniza el sufrimiento de lo que falta, el sufrimiento de no ver satisfecho el deseo. Se justifica el deseo, pero no se lo satisface. No satisfaciendo un deseo pero justificándolo.... Si el adulto considera una demanda como algo que debe ser satisfecho, es como si, para él, fuera una necesidad: el niño considerará que no está justificado en su deseo, y el caso

<sup>9</sup> Kaminsky, G., en Spinoza: La política de las pasiones, op. cit. Págs.49/50. Nótese la relación de esto con el derecho a la salud, como estado de equilibrio bio-psico social y espiritual.



contrario es cuando esa demanda es hablada, atemperada o declarada imposible de satisfacer. **No hay otras soluciones que hablar al niño del deseo que tiene, bajo la cubierta de su demanda reconocida justificándole por tener ese deseo, estimándole por desear eso, hablar de ello y detallar el objeto ansiado por él, pero rehusándole la satisfacción con el cuerpo, el consumo o el gozo físico. Todo deseo puede ser dicho, todo objeto ser representado, etc. Es la introducción en la cultura.**

Por todo ello, si pensamos, sentimos y necesitamos proteger al niño a partir de nuestros deseos, no le permitimos tal construcción como un alguien, no es sujeto, ya que no es mirado como tal.

Por otra parte, hay que considerar lo afirmado en cuanto a que:

***“ El deseo satisfecho implica la muerte del deseo. Decirle “no”, da ocasión para verbalizar en torno al objeto de la negativa, siempre que se respete el derecho del niño a hacer una escena. “ no hago lo que quieres, tienes razón...Pero considero que tengo razón al no hacerlo. Se suscita entonces una tensión, pero de esta tensión deriva una relación verdadera entre ese niño que emite un deseo y el adulto que expresa el suyo, dándose por supuesto que, en cuanto a necesidades vitales, el niño no carece de nada. Dos sujetos que sostienen, cada uno , su deseo.”***<sup>10</sup>

Nos encontramos entonces con aquellos extremos del poder de las ganas y del querer del adulto, y el riesgo de la desaparición de la subjetividad del niño. Esta desaparición o la no-construcción de la subjetividad alienta la tendencia a sumergirse en conductas robotizadas que propone o impone la cultura; se trata de aquellas que universalizan los comportamientos y no permiten que surja la singularidad, o para utilizar otro término la *espontaneidad*.<sup>11</sup>

Las ganas personales y sus efectos, en la construcción de la subjetividad del niño, hacen predominar un universo mecánico, asegurador de la eficacia que se obtiene de lo repetitivo-rutinario.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Dolto, F. pág. 195.

<sup>11</sup> Ver diferencias conceptuales entre creatividad y espontaneidad. Esta última permite mediante su ejercicio que el niño libere su genio, aludiéndose de este modo al genio de la libertad. pag. 132 Dolto.

<sup>12</sup> Giberti, Eva, op.cit.





Para que el niño, como sujeto, encuentre marcos de referencia jurídicos que colaboren en el proceso de formación de su identidad personal, necesitamos alguna respuesta a la pregunta ¿Qué se entiende por sujeto de derecho?

Entiendo que un niño *Sujeto de derecho* es aquel que, a partir del conocimiento y comprensión de las normas que regulan su conducta, puede obrar en consecuencia y, de esta manera, ser responsable de sus actos.

Para que el niño pueda ser considerado como sujeto de derecho, debe conocer y comprender *sus derechos*. Sólo así se convertirá en sujeto "*deseante*" de ellos. Podría pensarse en este sentido en la posibilidad de utilizar la expresión *cultura de los derechos*.

La manera de aprendizaje del niño es progresiva, comprende el sentido de las acciones a través de sus padres o de otras personas importantes en su proceso de socialización primaria, primero, y luego en los procesos de socialización secundaria. Por ello, la familia es la clave para que el niño conozca y entienda sus derechos.

Volvemos así a la necesidad de concientizar a la familia y a la sociedad, a fin de que el niño sea considerado como sujeto de derecho.

Por otro lado, la capacidad del niño para comprender sus propios derechos se relaciona con su madurez intelectual, que es la que le permitirá reflexionar acerca de ellos.

No se le puede atribuir al niño el mismo grado de madurez, preparación y comprensión de la realidad que tiene un adulto. Por ello, el juez debe constatar en cada caso cuál es el grado de madurez intelectual y espiritual del niño, ya sea para aplicar sanciones cuando cometa un delito, o bien cuando ocasione un daño civil, o bien cuando este tutelado por el Estado.

Según Jorge Llambías este dato elemental debe ser computado por una buena legislación para que, sin perder en seguridad, tenga flexibilidad para adaptar las facultades legales a la real situación psicológica de las personas.<sup>13</sup>

Apoyan esta postura diferentes fallos de la CSJN, Cámaras Nacionales en lo Civil y de Juzgados de Primera Instancia al momento de resolver el Derecho del Niño a ser oído.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Parte General T. 1. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 440.

En este sentido, se comparte la idea de que “la responsabilidad” es un concepto irrenunciable de nuestra cultura, y aún se puede afirmar que la responsabilidad –que no hay que confundir con la culpabilidad- en cuanto esquema regulador de interacciones, de respuestas tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, constituye un derecho inalienable de los niños. La responsabilidad, entonces, existe siempre, y lo único que varía son las formas de respuesta que dicha responsabilidad supone y el ámbito en que tales respuestas se producen...”<sup>15</sup>

La declaración con carácter general de irresponsabilidad de los niños, tiene consecuencias negativas para ellos. En primer término les hace perder el “status” de normalidad -aparejado en nuestra cultura a la responsabilidad-, con la difusión de imágenes de adolescente o joven distinto, anormal, enfermo (estigmatización), y por consiguiente su marginalidad y segregación; introduce por otro lado una ruptura incoherente con lo que ha sido el modo normal de interrelación del niño con la sociedad

---

<sup>14</sup> En la causa Wilner Eduardo Mario contra Osswald, María Gabriela se hace referencia a este derecho. Wilner E. y Osswald G. se casaron en Buenos Aires en diciembre de 1985, trasladándose a Canadá en Marzo de 1986. Allí tuvieron una niña, Daniela, que nació el 6 de Febrero de 1990. La madre de la niña a fines del año 1993 resolvió, con consentimiento del padre de Daniela, viajar a Buenos Aires a pasar las “fiestas” con su familia, comprometiéndose a regresar a Canadá el 22 de Enero de 1994. En Buenos Aires resolvió unilateralmente que se quedaría a vivir allí, con su hija. Ante tal circunstancia el padre solicita la restitución de la niña, al lugar de “residencia habitual”, Canadá.

El 21 de Marzo de 1994 la Autoridad Central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local. La cámara nacional de apelaciones en lo civil había confirmado lo resuelto en la instancia anterior en cuanto hizo lugar a dicho pedido, contra esta decisión, la madre de la niña interpuso un recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presentación de un recurso de queja al que la corte suprema de justicia de la nación hizo lugar y una vez mas se confirma la sentencia apelada exhortándole a la madre la restitución de la niña a Canadá. Voto de la mayoría: Doctores Nazareno Julio S., Petracchi Enrique S., Boggiano Antonio, Belluscio Augusto C., Bossert Gustavo A. y Levenne Ricardo (h).

El voto de la mayoría intenta armonizar y complementar la Convención de la Haya y la Convención sobre los Derechos del Niño, en miras a la tutela del principio del interés superior del niño. En el considerando 20) con relación a la interpretación del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño sostuvo que no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. Que atento al 13 inc. 2 de la Convención de la Haya, el tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditada a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados. Atendiendo a los informes psicológicos concluyen que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres.

<sup>15</sup> Según Beloff, Mary, en La prisión ideal es sólo aquella que no existe. A Propósito del encierro de niños y jóvenes, en Revista El reformatorio. Año 1, N° 2, diciembre de 1993/marzo de 1994, pág. 29. Sobre el derecho a ser oído y sobre la responsabilidad los juristas italianos han sostenido que una revisión de la disciplina actual sobre el derecho del niño a ser oído podría basarse en los siguientes principios: ....nell’ ascolto del minore non deve mai essergli chiesto di decidere lui sul suo futuro addossandogli una responsabilità che non é in grado di assumere en Moro Alfredo Carlo, Manuale di diritto minorile, Zanichelli, Bologna, 2002, pág. 294.



(familia, escuela, institutos, etcétera), basada hasta ese momento en la exigencia de responsabilidad; impide que aparezcan en el niño actitudes "responsables" fomentan la sumisión y la pasividad en el proceso educativo y, en definitiva, acentúan la "irresponsabilidad". La misma declaración sustituye, por último, el criterio de la responsabilidad por otros criterios mucho más confusos y sobre todo, mucho más arbitrarios de respuesta, basados en último extremo en el parámetro de la *peligrosidad social*, que como ya ha sido señalado, ha servido para controlar a determinados sectores sociales, económica y socialmente.<sup>16</sup>

A continuación se transcribirán literalmente algunas respuestas, manifestadas por jueces en las entrevistas realizadas y analizadas, representativas del proteccionismo judicial, y su efecto, que no es otro que la no – consideración del niño como sujeto de derecho.<sup>17</sup>

*¿Cuál cree usted es la finalidad del instituto de la adopción actualmente?*

Respuesta 1.-

*"En realidad la finalidad primordial es siempre en todos estos institutos **la protección de los menores**, de los menores **en situaciones de abandono, de riesgo**, ya sea de la adopción o en cualquier otra institución que existe en otros países y que acá no, ejemplo el acogimiento familiar. En definitiva creo que el interés o la finalidad que se persigue, por su puesto la primordial es la **protección de los menores.**"*

**Respuesta 2 .-**

*"Dar la protección de un niño, dándole padres y familia a quien no lo tiene."*

Mediante los expedientes de protección de personas, terceras partes ajenas al niño y a su "familia de origen" intervienen en los conflictos que involucran tanto los derechos de los niños como los de su familia de origen.

Según su naturaleza y caracteres procesales estas medidas deberían existir a partir de un procedimiento principal. En muchas ocasiones este expediente principal no se

<sup>16</sup> Beloff, Mary, op. cit. pág. 29.

<sup>17</sup> ENTREVISTAS REALIZADAS EN EL MARCO DEL TRABAJO DE TESIS DOCTORAL TITULADO LA CALIDAD DE VIDA EN EL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN. PERSPECTIVA SOCIO JURÍDICA. TESIS DOCTORAL. AUTORA LAURA LORA. UBA. FACULTAD DE DERECHO



inicia, ya que la "familia de origen" no tiene patrocinio letrado que le permita acercarse a los tribunales sus intereses o conflictos jurídicos. De esta manera se vulnera la garantía de la Defensa en Juicio de las personas y no se obtiene acceso a la justicia.<sup>18</sup>

Se verifica la afirmación del párrafo precedente en los siguientes fragmentos obtenidos luego de algunas entrevistas

Un asesor sostuvo: *"En la protección de personas, se violan todas las garantías constitucionales, aún la de los padres violentos, de los padres con quienes los chicos quizás no puedan convivir, también se violan las garantías, porque nunca tienen abogados, se adoptan medidas cautelares que nunca pueden apelar, mal notificadas, una serie de irregularidades bárbaras"*.

Una jueza de familia del fuero civil dijo: *"... También puede ocurrir por ejemplo un chico que es maltratado, maltratado por sus padres, aparece la denuncia de un hospital donde el chico es tratado, entonces se abre una protección de personas. Se trata de ver que pasa con esos padres, a veces los padres deben concurrir a grupos de crianzas de chicos. Entonces mientras van a los grupos de crianza se va **vigilando al chico a través del expediente de protección de personas**. A veces los padres desaparecen, a veces lo empiezan a visitar al chico donde está internado una vez cada muerte de ovispo. Llega un momento en que el juez debe decretar el abandono de ese niño y darlo en adopción. De acuerdo a los diferentes casos. Pero siempre hay un expediente de protección de personas"*

Las negritas me pertenecen.

De una entrevista realizada a un juez de familia del fuero civil y luego de formularle la pregunta, *¿En relación al derecho a la identidad del niño, qué tipo de registro de datos tiene con respecto a la familia de origen?* Se obtuvo la siguiente respuesta:

---

<sup>18</sup> Mientras desarrollaba su noción sobre la dimensión del acceso a la justicia y el derecho Capelletti Mauro sostenía, "... Si bien es cierto que la puerta de los tribunales están formalmente abiertas igualmente para todos, no es menos cierto que tal acceso <sup>18</sup>es bien diverso para quien tenga una suficiente información sobre sus propios derechos, pueda hacerse representar por un buen abogado, y tenga la posibilidad de esperar los resultados a menudo tardíos de los procedimientos jurisdiccionales que para quien carezca en cambio de tales requisitos económicos-culturales. ..." en Acceso a la justicia, Revista del Colegio De Abogados de La Plata, N° 41, Buenos Aires, 1981, pág. 161.



*Juez.-" Yo lo que ofrezco de la familia de origen es todo lo que tengamos a través del expediente de protección de personas, a veces cuando es un chiquito que la mamá vino y lo entregó recién nacido, tenemos pocos datos, más que nada el relevamiento social que ha hecho el hospital, no tenemos muchos más datos. Cuando se firma la sentencia de adopción les ofrezco a los papás adoptantes que se lleven fotocopias certificadas de todas las actuaciones para que el día de mañana cuando el chiquito empiece a preguntar respecto de sus orígenes no tengan que empezar con todo el camino de buscar los archivos y ver si se perdieron o no, búsqueda que a mi me parece realmente la búsqueda de los desaparecidos. En cambio que le puedan dar, así como tienen su documentación, la historia de vida que la puedan tener a disposición de los chicos. Lo alarmante es que muy pocos lo piden " .*

## **CONCLUSIONES**

Considerar al niño como sujeto es verlo como ser individual y deseante. Considerarlo como sujeto de derecho es otorgarle la posibilidad de conocimiento, comprensión y deseo de sus derechos. De ello, sobrevendrá su exigencia de garantía. Así el niño construirá su camino hacia la integración a la sociedad y por consiguiente hacia su ciudadanía.

El Estado, garante de los derechos ciudadanos del niño, y fundamentalmente de aquellos derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional -incrementados por aquellos incorporados por los instrumentos internacionales- deberá implementar políticas sociales acordes para que ello sea posible.