

Flavio A. D'Angelo

Universidad Nacional del Comahue

fdangelo@psi.uba.ar

Reflexiones en torno a una ficción: la premisa
de la incapacidad como fundamento político-
criminal de la inimputabilidad en el derecho
penal de menores

*Considerations on a legal fiction: the proposition of incapacity
as a political criminal basis for unattributable criminal liability
in the juvenile criminal law*

*Reflexões sobre uma ficção: a particularidade da incompetência como
fundamento político-criminal de responsabilidade criminal no direito
penal juvenil*

Artículo de reflexión: recibido 11/12/12 y aprobado 03/05/13

Resumen

Este artículo aborda la premisa de la incapacidad como fundamento político criminal de la inimputabilidad en el derecho penal de menores, al tiempo que explora los motivos que le confieren a ésta un carácter de ficción. Para lograr tal objetivo, se revisan los modelos de legislación de menores, así como el papel que juega el concepto de (in)capacidad dentro de estas regulaciones, y se indaga la contradicción existente entre la capacidad y el discernimiento. Sobre la base de lo anterior, se propone una interpretación del dispositivo jurídico de incapacidad en clave ficcional (Bentham) para, finalmente, presentar un aporte al debate que viene dándose en la República Argentina desde 1989 en relación con la reforma de la legislación de menores

Palabras clave: Psicología Jurídica, imputabilidad, Salud mental, Desarrollo moral, Adolescencia, Régimen Penal de Menores

Abstract

This article discusses the principle of incapacity as the political criminal basis for the criminal liability in the juvenile criminal law, and explores the reasons that bestow it a character of fiction. The models of juvenile law, as well as the function of the (in) “capacity” concept within these regulations, are reviewed. It also examines the observed contradiction between the conceptions of capacity and discernment; on these grounds it is proposed an interpretation of the legal concept of incapacity using a (Bentham) fictional key. Finally, the document provides a contribution to the debate about the restructuring of the juvenile law, which has been taking place in Argentina since 1989.

Key words: Legal Psychology, liability, mental health, moral, adolescence, development, juvenile criminal regime.

Resumo

Este artigo discorre sobre a peculiaridade da incapacidade considerada como fundamento político criminal da inimputabilidade no direito penal juvenil, enquanto pesquisa as razões pelas que essa condição tem recebido um distintivo de ficção. São inspecionados, então, os modelos da legislação juvenil, bem como a função do conceito de (in) “capacidade” inserido nestes regulamentos; além disso, analisa a contradição observada entre a definição de capacidade e discernimento. A partir desta base sugere-se a interpretação do dispositivo legal do termo “incapacidade” em chave ficcional (Bentham). No final oferece uma contribuição para o debate que vem adiantando-se na Argentina desde 1989, no que diz respeito à reforma da lei juvenil.

Palavras chave: Psicologia jurídica, imputabilidade, saúde mental, desenvolvimento moral, adolescência, regime penal juvenil.

Desde un punto de vista comparativo, como lo sostiene Fellini (1996: 43), los modelos de legislación de menores suelen ser reducidos a dos tipos. El primero, llamado de *justicia de menores*, es similar al modelo aplicado a los adultos, y da prioridad, admitiendo elementos diferenciales, al respeto de las garantías individuales en el proceso penal. Un segundo modelo suele denominarse *modelo de bienestar*. Éste es típico de las legislaciones angloamericana y escandinava, y se caracteriza por tener en cuenta aspectos de política social (asistencia, amparo, defensa y ayuda) antes que elementos garantistas.

Sin embargo, Fellini (1996) advierte además acerca de la existencia de un tercer modelo, propio de los países latinoamericanos. Este modelo suele ser denominado como de *defensa social*, y establece su diferencia con respecto a los anteriores en torno al hecho de que en este caso las medidas tutelares previstas como consecuencia de hechos punibles no son medidas de protección del menor, sino medidas de protección de la sociedad.

Esta característica se percibe claramente a través del examen de un rasgo institucional determinante, consistente en el confinamiento de los llamados menores en instituciones cerradas, con la concomitante falta de consideración y uso de los llamados sistemas alternativos.

En lo que concierne específicamente al caso argentino, Fellini (1996) plantea que la doctrina y la legislación han priorizado reiteradamente aspectos tutelares o de política social. En este país se ha sostenido que la ley 22.278¹, la cual cumple una función proteccional y de patronato, tiene una absoluta prescindencia de la vinculación entre el hecho ilícito y el menor, y es un ejemplo de la tendencia jurídica que sitúa al menor fuera del código represivo².

Según algunos autores, como Martínez (1982), el objetivo de esta disposición consiste en educar en lugar de sancionar. No obstante, recientemente se han presentado objeciones contra esta concepción de la legislación penal de menores que pretende servir a una finalidad de prevención general, y se ha sostenido que el derecho penal de menores es verdadero derecho penal, lo que implica que debe proteger las garantías individuales.

¹ Régimen Penal de Menores, complementaria del Código Penal argentino.

² Ver Ledesma, Guillermo (1981), El régimen actual de la minoridad.

Este último aspecto constituye un tópico capital en la discusión jurídica debido a que la práctica de derecho existente lleva, en reiterados casos, a privaciones de libertad originadas en medidas tutelares, las cuales pueden ser más prolongadas que las penas de prisión (Fellini, 1996: 44). El *Régimen Penal de Menores* que genera este tipo de situaciones emerge del discurso jurídico-penal, y constituye el instituto legal regulado por la ley 22.278 (reformada por ley 22.803), cuyo artículo primero establece que:

No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido los dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

En consecuencia, la ley argentina declara como “no punible” al menor que no haya cumplido los dieciséis años, y a aquellos entre dieciséis y dieciocho años respecto a cierta calidad de delitos³. Por el contrario, el régimen penal de menores prevé una *medida de seguridad* que puede considerarse “educativa”.⁴ Se trata de la llamada “disposición del menor”, que significa que el niño o adolescente queda bajo la custodia del juez para alcanzar los objetivos de su protección integral, con la consiguiente restricción de la patria potestad y su sujeción a un régimen de tutela.

Este conjunto de restricciones se han establecido con el fin de garantizar la función protectora del menor por parte del Estado, sin que exista perjuicio de la encomienda de la guarda del menor a personas u organismos en los casos en que corresponda (Art. 3°). La disposición del menor bajo guarda puede cesar cuando el juez lo considere conveniente, y en todos los casos concluye de pleno derecho cuando el menor alcanza la mayoría de edad. No obstante, la revisión del Código Civil (en adelante, CC) permite constatar cómo la capacidad del menor se ve afectada en el ejercicio de los derechos dentro de este panorama. En el CC el menor es considerado como una *persona no desarrollada*

³ A este respecto se debe tener en cuenta que si bien el régimen legal vigente habla de punibilidad, técnicamente se hace referencia a la noción de imputabilidad (Cfr. D'Antonio, Daniel Hugo, 1986: 93)

⁴ Según Creus (1989), suele distinguirse entre medidas de seguridad *curativas, educativas y eliminatorias*, considerándose en general que en nuestro sistema las primeras corresponden a las previstas en el art. 34 inc. 1° del CP y las segundas a las previstas para los menores bajo régimen penal (p. 397).

plenamente, de lo que se sucede la postulación de su *incapacidad*⁵. Ésta última es una institución de protección jurídica que se presenta como tendiente a resguardar los intereses del menor como titular de los derechos.

La incapacidad del menor trasciende al área de las relaciones civiles, y aparece igualmente en los ámbitos administrativo, comercial, procesal y laboral. En este último, por ejemplo, se resguarda al menor con normas específicas típicas de una finalidad tutelar y educativa, las cuales le impiden celebrar un contrato de trabajo y desempeñar actividades laborales.

En el plano penal, aunque el derecho de menores se halla profundamente enraizado en el conjunto de fenómenos sociales que se agrupan bajo lo que algunos autores denominan como el problema penal juvenil⁶, gran parte del esfuerzo doctrinario que ha llevado a constituir éste como una especie de rama autónoma del derecho ha pretendido arrancarlo del suelo de los penalistas. Para ello, se ha planteado la existencia de un ámbito del derecho penal propio del menor, dentro de la cual éste queda extraído de la situación de reproche penal.

Tal posición es defendida por D'Antonio (1986), quien sostiene que toda regulación jurídica referente al menor que asuma a éste como sujeto, corresponde al derecho de menores, y, por tanto,

En esta disciplina **no cabe referirse ya a la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad ni a otros conceptos típicamente penales**, sino que lo concerniente a las consecuencias de la conducta del menor que encuadre en una figura delictiva dependerá de la regulación de su capacidad por la norma específica (...). Solo por una adecuación y correlación terminológica con los regímenes legales que regulan la conducta desviada minoril que tipifica una figura penal, seguimos haciendo referencia a la inimputabilidad del menor (D'Antonio, 1986: 92, 94, 96. Negrillas del autor).

De esta manera, sostiene el autor,

Las posibilidades de aplicación de medidas tutelares y reeducativas, incluidas las que muestren aspectos de reproche, responderán al régimen

⁵ El art. 58 del CC sienta como principio rector que los incapaces son protegidos con el solo fin de suprimir los impedimentos derivados de su incapacidad.

⁶ Es decir, según López Rey (1981, Vol. I: XV), en “la pretendida delincuencia de menores”.

establecido como excepción a la natural incapacidad del menor y a lo que mejor resulte para su protección integral.” (D’Antonio, 1986: 94).

El supuesto de *natural* incapacidad forma parte de las razones jurídicas que se alegan para mantener el *status quo* del menor bajo el régimen hasta aquí descrito, caracterizado justamente por la incapacidad psíquica.

Sin embargo, el examen de los discursos orientados a sustentar este régimen de protección integral de los derechos de la infancia no permite vislumbrar un tratamiento original de la responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley.

La percepción jurídica del menor como sujeto pleno de derechos, y no ya como objeto de una práctica judicial que, a juicio de García Méndez (1992), “no sabe, no quiere, o no puede, amparar a los sectores más débiles de la sociedad, *sin una previa declaración de incapacidad jurídica y social...*”, exige una reflexión acerca de los estatutos y bases de esta noción de incapacidad.

Para llevar a cabo dicha revisión se requiere de un acercamiento entre las perspectivas psicológica y jurídica. Esta última perspectiva recibe cada vez más atención en los procesos de mejoramiento de las condiciones de vida de la infancia-adolescencia debido a que el tratamiento jurídico tiene efectos sobre la vida y la condición psicológica de los menores.

En el marco de la problemática penal la posición predominante en la doctrina jurídica argentina se basa en el presupuesto de que “las nociones clásicas de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal, son absolutamente extrañas e inaplicables al derecho de menores” (D’Antonio, 1986: 92).

En este sentido, la fundamentación del derecho de menores como rama jurídica autónoma recurre al énfasis en la *calidad del sujeto* involucrado y a su no-responsabilidad como notas distintivas del estatuto jurídico del menor. Como consecuencia de lo anterior se elimina la noción de castigo y se la sustituye por la de protección (Caballero, J. S., 1963: 22-25), dando lugar al régimen especial que se conoce como *derecho de menores*.

El derecho juvenil se concibe como una rama del derecho independiente, autónoma, especial y con énfasis *psicosocial*. La autonomía⁷ que se le adjudica se

⁷ La autonomía del derecho de menores ha sido sostenida y fundamentada en nuestro medio por autores como José R. Mendoza (1960), Rafael Sajón (1967), y Roberto Cillanueva Magdalena (1971); y en España, por Luis Mendizábal Osés (fecha) y Antonio Sabater Tomas (fecha).

basa en la consideración del carácter especial de la personalidad y cualidad del menor—elemento intrínseco, objeto del derecho minoril— y en la existencia de un órgano judicial especializado—elemento extrínseco (Sabater, 1967: 55-56)—.

La *calidad del sujeto* del derecho juvenil implica un desarrollo incompleto de los menores en los aspectos biológico, psicológico y social. Es por esto que se define la función del derecho de menores como “la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social” (D’Antonio, 1986: 5 y ss.).

En este contexto existen dos paradigmas del derecho de menores. El primero corresponde a la *doctrina de la situación irregular*⁸, que concibe al menor como objeto de compasión-represión. Los autores que defienden esta perspectiva prefieren circunscribir la actuación del derecho minoril a la protección de los menores en estado de *abandono material o en situación de peligro moral* (Bluske de Ayala, 1975:39 y 49).

Por otra parte, el consenso general parece orientarse hacia una concepción del derecho de menores en la que la protección jurídica del menor de edad es solo un aspecto del vasto campo de la *protección integral de la minoridad*. Para quienes se adscriben a esta segunda perspectiva, conocida como *doctrina de la protección integral*, el derecho de menores haría parte de una empresa mayor, de carácter social, concebida como una actividad comunitaria que tiene por objeto la incorporación del menor al medio social, y que asume a éste como sujeto de derecho en el sentido progresista de la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

La finalidad de protección del derecho de menores en cualquiera de estos dos paradigmas, que se deriva de la *calidad del sujeto* que dicho derecho postula, tiene por especie la *protección jurídica* de los niños y jóvenes. El *menor de edad*, sujeto exclusivo de esta rama del derecho, se define como la persona que aún no ha llegado al momento que la ley establece como principio de la mayoría de edad⁹.

Esta persona jurídica es receptora de la norma protectora desde el momento de su concepción en el vientre materno, tal y como ha sido consagrado

⁸ Cuyo dispositivo jurídico más importante en Argentina es la ley nacional 10.903, llamada Ley Agote. El reflejo provincial de esta disposición, hasta 1999, es la ley provincial 1.613.

⁹ En la República Federal Argentina menores de edad son aquellos que no hayan cumplido los 21 años de edad (art. 126 del CC según ley 17.711). La denominación de menor proviene del trato que le reserva el Libro Primero, Sección Primera, Título IX del CC, precisamente titulado “De los Menores”.

en los artículos 63, 70 y 74 del CC. Por lo tanto, se le reservan una serie de normas vinculadas a la persona, y una serie de derechos que le habrán de corresponder, limitados por su propia naturaleza y sujetos a la condición de que se produzca el nacimiento con vida (arts. 64 y 70 CC), lo cual va de la mano con la represión penal del aborto.

Estas disposiciones parecen, en primera instancia, responder a una lógica del bien común y la salvaguarda de los derechos de los menores. No obstante, un análisis detallado permite apreciar cierto grado de contradicción interna en el discurso de la protección, consistente en la coexistencia, por una parte, de la consagración del menor como persona, y por otra del movimiento jurídico que lo priva del atributo de la *capacidad*, esencial para la persona jurídica.

La noción jurídica de *persona* está definida en el Código Civil, ha sido ampliada a la noción de *persona humana* en la reforma constitucional de 1994, y aparece en la Constitución Nacional de Argentina como producto de la incorporación de este país al Pacto de San José de Costa Rica.

Esta noción está integrada por un concepto genérico y dos conceptos específicos. El concepto genérico *persona* remite a todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Dos especies integran este concepto genérico: 1) persona de existencia visible (es decir, la personas humanas, también llamadas personas físicas), y 2) persona de existencia ideal (por exclusión, las que no son personas de existencia visible: fundaciones, sociedades civiles y comerciales, etc.). La *persona* se presenta como el *soporte* que el ordenamiento jurídico propone para que alguien o algo sea titular de derechos y obligaciones.

De manera complementaria se entiende por *persona jurídica* (o persona moral) a un sujeto de derechos y obligaciones que existe como institución creada por una o más personas físicas, y que tiene por objeto el cumplimiento de algún papel. La *persona jurídica* es todo ente —que no sea una *persona física*— con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La noción de persona descansa, a su vez, sobre la noción de *capacidad*. Este atributo de la condición de *persona* se considera la *cualidad más destacada y determinante* de la misma, hasta el punto de que, en múltiples ocasiones, pueden llegar a ser confundidos ambos conceptos. A este respecto, el art.52 indica que “*las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones*”. De esta manera se hace explícito el postulado fundamental de la existencia de

las personas, consistente en el hecho de que el ejercicio de un derecho supone una capacidad de hecho.

La *capacidad*, por su parte, es una *aptitud genérica* de la persona para adquirir o gozar de sus derechos, y para hacerse cargo de derechos y obligaciones. En otras palabras, la *capacidad* es un atributo de la persona que se manifiesta como aptitud para ejercer autónomamente los actos de la vida civil, e implica *inteligencia y voluntad* para obrar con conocimiento.

En este sentido, con respecto a las condiciones especiales que determinan la *incapacidad*, el Código Civil reconoce que son incapaces: a) las personas por nacer; b) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; c) los menores impúberes; d) los condenados a prisión o reclusión por más de tres años; y e) los alienados.

Puede verse que son diferentes las condiciones de las que depende la determinación de la *incapacidad* de la persona. Por este motivo se requiere de la noción de *discernimiento* para interpretar en qué se diferenciarían estas formas de la incapacidad. El discernimiento es entendido como la cualidad o facultad del sujeto por medio de la cual reconoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, o lo conveniente de lo inconveniente.

Según Degano (2005: 36 y ss.), al momento de considerar el tema de la incapacidad como forma de protección jurídica a la minoridad, debe tenerse en cuenta la diferencia entre capacidad y discernimiento. A este respecto, en palabras de D'Antonio:

La capacidad es aptitud que provee la ley y asunto que ella maneja y declara en función de los presupuestos de hecho que estima computables; el discernimiento es una aptitud que provee la naturaleza, limitándose a regir la ley las situaciones excepcionales de insuficiencia de tal aptitud natural. Así lo hace nuestro código Civil en los arts. 921 y 1076 y pese a que para el discernimiento igualmente la ley gradúa en función de categorías abstractas, debe advertirse que siempre se lo toma para imputar al sujeto responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de sus actos.

Si bien la *capacidad* es aptitud provista por la ley, a continuación este autor afirma que “el menor es un ser básicamente incapaz y su falta de capacidad se fundamenta en el insuficiente desarrollo de su posibilidad de comprensión” (D’Antonio, 1986: 80-81). En este punto yace la inconsistencia que queremos destacar. Toda vez que la *incapacidad* se sostiene sobre una “natural” insuficiencia por parte de la persona para ejercer su posibilidad de *discernimiento*, resulta contradictoria la distinción entre ambas nociones, y pierde coherencia lógica el discurso que las engloba. El tema de la *capacidad*—y consecuentemente el de la *incapacidad*— aparece como un elemento liminar en el ámbito de la protección jurídica del menor. Desde el punto de vista privado, civil y comercial, la edad de las personas ha de considerarse para protegerlas en sí mismas y en sus bienes contra la inexperiencia o el discernimiento insuficiente.

La función protectora se cumple en estos ámbitos mediante las incapacidades por minoría de edad, el régimen de nulidades de los actos otorgados en violación de la ley, las medidas de asistencia y representación necesaria, el otorgamiento de ventajas jurídicas especiales, y la regulación de las instituciones de patria potestad, tutela, curatela y patronato estatal. Esta función de protección está, a su vez, basada en la equivalencia jurídico-semántica entre *incapacidad* y *minoridad*, la cual determina el carácter tuitivo del derecho de menores.

Es en esta equivalencia entre *incapacidad* y *minoridad* que descansa la orientación a la *defensa social* del derecho de menores en Argentina (Bacigalupo, citado en Fellini, Z., 1996). Lo que permite identificar este modelo como distinto al de *bienestar* y al de *justicia de menores* es el hecho de que las medidas tutelares que constituyen sus prácticas más conspicuas sirven al confinamiento del problema social representado por los jóvenes delincuentes en instituciones cerradas y apartadas, mientras que el discurso de la *educación* y la *tutela* legitiman estas prácticas con base en la tesis de la *incapacidad* de los menores de edad.

De ahí que los tratamientos alternativos del problema de la delincuencia juvenil, tales como los programas de libertad asistida, sean pasados por alto, y junto con ellos el conjunto de las garantías procesales y penales que deberían ser acordadas a los menores en su calidad de personas. Se trata, por tanto, de un modelo en el que se contradice el fundamento mismo del derecho civil y penal, y se condena al ostracismo a aquellos que no pueden defenderse en la medida en que no se les reconoce plenamente su *cualidad* de *personas*.

Este modelo es producto de un proceso histórico y social que ha determinado la orientación de las prácticas y el discurso jurídico en Argentina. Algunos autores, entre los que se destacan Daroqui y Guemureman (1999) que han abordado el estudio de este proceso, señalan que sus efectos se manifiestan en la constitución de un pensamiento y una práctica tutelar hegemónicos, los cuales pese a la apelación a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, siguen determinando las concepciones jurídicas y las prácticas sociales con respecto a la minoridad.

Adicionalmente, Vezzetti (1982; 1983) señala que los orígenes de esta forma de gestionar los problemas en los que están implicados menores de edad se remontan a la organización de una empresa de moralización colectiva en los albores del Estado argentino. Durante este período se habría gestado el discurso sobre la marginalidad, la locura y el delito, en el que se inserta el derecho de menores. Este discurso reclama una intervención médico-social que se plasma en la red argentina de instituciones de tutela y correccionalismo. A este respecto, se afirma que:

El movimiento político del higienismo médico y las tesis del positivismo jurídico confluyen, hacia fines del siglo XIX en la constitución del dispositivo psiquiátrico y criminológico (...) interesa destacar, en ese momento de constitución, (...) su condición propiamente tecnológica. Resulta así como un dispositivo metódico sobre la conducta, organizado en instituciones, normas y técnicas específicas. Por otra parte, en él se funda la producción de cierto sistema de conocimientos que adquiere el papel de un modelo predominante para el conjunto de las ciencias sociales... (Vezzetti, H., 1982: 236, Citado en Degano, 2005).

Se manifiesta aquí la elaboración de un auténtico programa político-criminal por parte del positivismo criminológico de fines del Siglo XIX y principios del XX, cuyas premisas parecen pervivir en la legislación de menores.

Un recorrido histórico por los antecedentes del derecho penal de menores en la República Argentina confirma que el modelo de legislación de menores imperante en este país es un modelo de pura *defensa social*, correlativo a la afirmación de la doctrina positivista y la consolidación en la legislación nacional del modelo médico del que surgen las prácticas criminológicas y alienistas argentinas (Vezzetti, 1983).

Con miras a comprender las raíces socio-históricas del modelo jurídico del menor en Argentina, se debe considerar que de la misma manera que determinadas condiciones sociales y políticas dieron lugar al desarrollo de una criminología clínica altamente especializada como respuesta de control social a la inmigración masiva y el desarrollo del movimiento obrero de fines del siglo XIX (Del Olmo, 1992),¹⁰ la difusión de las ideas de la escuela positivista italiana a través de sus corresponsales argentinos se articulaba funcionalmente con el proyecto de desarrollo, organización e inserción del país en el mundo capitalista como productor de materias primas agropecuarias.

Durante la década que va de 1880 a 1890 ingresaron a Argentina entre 100.000 y 200.000 extranjeros anualmente. Uno de los efectos que provocó esta afluencia de inmigrantes fue el aumento de la tasa de delitos. La respuesta a esta situación, preocupante para la clase dirigente —minoría ilustrada que acogió con beneplácito las ideas del positivismo— consistió en la puesta a punto de un elaborado aparato de intervención médico-social, que puso en marcha las armas del higienismo, las prácticas alienistas, la constitución de un dispositivo correccional y, finalmente, una legislación represiva (Ley 4.144 de Residencia, de 1902; Ley 7.029 de Defensa Social, de 1910, Ley 10.903 de Patronato de Menores, entre otras)

En este contexto, la noción de *defensa social* aparece en los discursos de los primeros penalistas y sociólogos positivistas, y particularmente en la *Sociología Criminal* de Enrico Ferri (1856-1929). El mejor desarrollo de las reflexiones de este autor concierne a la reacción penal, y lleva a conclusiones tales como la afirmación de que la sanción penal a imponer no debe ser establecida en función de una escala abstracta, sino como resultado de la cantidad de prevención o represión necesaria para preservar a la sociedad.

Oponiéndose a las tesis de la Escuela Clásica, y del derecho penal liberal —basados en la posibilidad de un libre albedrío o autodeterminación— Ferri sostiene que así como el individuo está determinado para cometer delitos, la sociedad está predispuesta a defenderse, de modo tal que el acto y la imputabilidad deben ceder a una proporción de necesidad de defensa social (Ferri, 1907, en Elbert, 2001: 55).

¹⁰ El libro *Criminología* de José Ingenieros fue el primer texto de criminología clínica en ser publicado, no solo en América Latina, sino en el mundo. A la vez, fue en este país donde se pusieron en práctica sus principios en el naciente sistema penitenciario.

La presencia de los postulados de Ferri en la legislación argentina de menores parece innegable. A su influjo respondería el desarrollo jurídico de la negación de la posibilidad del libre albedrío y el desconocimiento del principio de culpabilidad bajo la figura de una alegada incapacidad psíquica de culpabilidad en el caso de los menores.

De hecho, parece que el movimiento conceptual que funda el modelo descrito por Fellini (1996) se basa en la ferriana *temibilidad de autor* para producir al “menor en peligro material o moral”. Es a partir de esta identificación dentro del orden de la protección que se produce el establecimiento de auténticas *penas indeterminadas* bajo la figura de la “disposición” (o tutela) del menor.

Otro aspecto que reforzó la consolidación de este proceso fue el descreimiento de los operadores jurídicos y del pueblo con respecto a la eficacia de las penas bajo la forma de la no-punibilidad, de lo que se derivó la opción por las *medidas de seguridad*. El conjunto de estas determinaciones del modelo jurídico actual y su manera de operar tienen estrecha relación con la forma de concebir el derecho de la *escuela positiva*.

La Ley 10.903 de Patronato de Menores del año 1919 surge en este contexto. Esta ley –que contiene normas relativas al procedimiento criminal de menores– no es una normativa penal, e introduce reformas a la concepción civilista de la patria potestad (Fellini, 1996: 25). A este respecto los Arts. 14 a 16 facultan a los jueces para disponer preventivamente (y por tiempo indeterminado) de los menores acusados o víctimas de delitos, en estado de abandono o en peligro material o moral, independientemente de las medidas o sanciones que correspondieran por aplicación de la ley penal.

De esta manera se introduce en el ámbito jurídico argentino “una cultura de la compasión-represión, que no sabe, no quiere, o no puede, amparar a los sectores más débiles de la sociedad, sin una previa declaración de incapacidad jurídica y social” (García Méndez, 1992: 5). Así mismo se crea una doctrina de la situación irregular con su correspondiente sujeto, el cual sería una contradicción en los términos, en la medida en que responde al problemático estado de menor abandonado-delincuente.

Como consecuencia de este orden jurídico, que gira en torno a la consagración de la *incapacidad* como una institución de protección jurídica tendente a resguardar los intereses del menor, la posibilidad de que éste ejerza sus

derechos y garantías se ve afectada en la medida en que se lo considera como una persona que no ha se ha desarrollado plenamente.

En este sentido, si el Art. 58 del Código Civil sienta como principio rector que los incapaces son protegidos con el fin de suprimir los impedimentos derivados de su incapacidad, ¿cómo se condice este precepto con la normativa minoril que, para cumplir adecuadamente con los alegados fines tutelares –orientados a suprimir los impedimentos devenidos de una “condición natural” – lo declara *previamente* incapaz?

Esta contradicción es producto de la *premisa de la incapacidad*, que equivale a una tautología en la medida en que declara que los menores son protegidos con el fin de suprimir los impedimentos derivados de su incapacidad, aunque para que esto ocurra deben ser declarados incapaces en primer lugar. El resultado de esta tautología, apenas se la examina con detenimiento, es una *autofagia*¹¹ de la que depende el destino de los menores delincuentes.

En consecuencia, es necesario explicar por qué un razonamiento tan aparentemente frágil ha sido establecido como el principio de toda una práctica jurídica. La respuesta a esta cuestión se encuentra en el estudio de los mecanismos de que hace uso el derecho para constituirse internamente como un sistema con apariencia de coherente.

En este caso lo que observamos es una *operación del discurso jurídico* que consiste en el recurso a un presupuesto de “incapacidad natural” como paso previo a la declaración legítima de la incapacidad jurídica. Esta operación, a su vez, tiene una función instrumental implícita que aparece como contraria a los valores de la modernidad liberal y republicana, y que consiste en posibilitar la consecución velada de los fines de una política criminal aplicada a los menores bajo la apariencia de una práctica tutelar y humanista, pero que carga consigo los rezagos de una mentalidad del apartamiento de los elementos que el sistema social valora como nocivos para su funcionamiento.

Es por estos motivos que al estado de minoridad¹², asumido como correlato del “estado de persona natural” y como distinto de la persona jurídica, se lo hace corresponder a una condición “natural” de “ser en formación”, es

11 Argumento que se anula a sí mismo, y, por tanto, a la tesis que de éste depende.

12 De manera acorde con los postulados de D'Antonio, que representan el pensamiento predominante a nivel de doctrina y entre los funcionarios del llamado patronato de menores

decir, de “incompleto desarrollo”. En síntesis, son los principios tutelares y pedagógicos de la normativa los que fundan e imponen una separación del menor con respecto a la situación y las garantías jurídicas del universo adulto (D`Antonio, 1986: 40).

Así, una “*diferenciación que se basa en sustentos naturales*” –justificada “*por la particular orientación que deben tener las normas*”– impone una separación jurídica para realzar discursivamente en su normativa la orientación tutelar y de fines pedagógicos que el legislador consagró. De esta forma, el tratamiento de la persona como sujeto de derecho aparece dividido en dos grandes sectores: el de los mayores y el de los menores de edad, con menoscabo de los segundos.

La *incapacidad* que se adjudica a los menores funciona, en sentido lógico, como una premisa (construida a partir de la consideración del menor como sujeto sin desarrollo cabal) de la que se sigue, consecuentemente, la elaboración de un complejo dispositivo jurídico-institucional de resguardo “*a fin de que el ser en formación alcance su evolución plena*”¹³, sobre el que a su vez se constituye el modelo de defensa de la sociedad que describe Fellini (1996).

En el seno de este modelo existe una suerte de inconsistencia lógica, la cual surge del planteamiento de la *capacidad* como aptitud provista por la ley, mientras que el *discernimiento* se concibe como aptitud dotada por natura. Cabe preguntarse, con respecto a esta diferenciación que funda la doctrina del *déficit* natural (falta de desarrollo) del sujeto del derecho de menores, si es coherente distinguir entre capacidad y discernimiento cuando la primera es declarada por la ley como producto y manifestación del segundo, y al mismo tiempo, al llevarse a cabo esta declaración sin más bases que una *petición de principio*, se establece el *déficit en el discernimiento* como fundamento empírico de la ley a partir solamente de la enunciación jurídica. En este punto se manifiesta nuevamente el orden tautológico y la autofagia que habían sido identificados previamente en el modelo de la defensa social.

Sin embargo, la tautología y la autofagia son operativas y cumplen una función jurídica adecuada a la orientación del modelo que estamos describiendo. Por medio de estas operaciones de producción jurídica de las condi-

13 Debe tenerse en cuenta aquí que la capacidad “es la aptitud que provee la ley y asunto que ella maneja y declara en función de los presupuestos de hecho que estima computables...”; es decir, se trata de una aptitud legalmente reconocida al sujeto de la relación jurídica para que se convierta en titular de ella

ciones para evaluar lo real, es posible sustentar la paradoja que comporta el hecho de que el menor *incapaz* pueda ser *responsabilizado* por sus actos en el ámbito civil mientras se sostiene la doctrina de su incapacidad penal.

En efecto, los actos lícitos realizados a partir de los catorce (14) años, y los actos ilícitos realizados a partir de los diez (10) años (art. 921 CC) son considerados como legalmente efectuados. Pero el principio de la *incapacidad* sirve al aislamiento penal de los menores delincuentes, a quienes el *déficit* de *discernimiento* que se les adjudica ubica por fuera del campo de las garantías penales otorgadas a los adultos.

De este modo se aprovechan los efectos de la responsabilidad civil de los menores al tiempo que se evita al estado y a la sociedad incurrir en procesos penales garantistas que girarían en torno a sujetos extraídos de los sectores sociales más desfavorecidos, de los que suelen provenir, según las representaciones sociales más extendidas, los menores delincuentes.

Es por ello que se puede afirmar que la premisa de la incapacidad es un recurso retórico¹⁴ pergeñado y consolidado a lo largo de la historia jurídica argentina para servir a los fines de un “intento de legitimación intrasistémico” (Fellini, 1996: 48) del modelo de defensa social.

De ahí que la *inimputabilidad del menor*¹⁵, que suele ser asumida como una manera humanitaria de excluir a los menores de las consecuencias punitivas que acarrea el régimen penal, en realidad genere efectos contradictorios con respecto a su pretendida orientación humanitaria y protectora.

El primero de estos efectos, y del que se derivan las demás consecuencias negativas del modelo de protección social encubierto tras el código de menores, consiste en la exclusión del niño-adolescente de la relación jurídica bajo el pretexto del mayor beneficio que se obtiene al inscribirlo como sujeto de un conjunto de medidas tutelares incompatibles con las normas que establecen los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, particularmente los referidos a la dignidad de la persona.

Se evidencia así la inconsistencia lógica esencial de un razonamiento que pretende sostener, a la vez, la incapacidad penal y la responsabilidad civil de los

¹⁴ Para un enfoque desde las teorías críticas, véase, entre otros autores: Daroqui y Guemureman (1999, 2001), Do Amaral E Silva, Antonio (2001).

¹⁵ Fundada en la premisa de incapacidad y concebida como causa personal de exclusión de pena.

menores. Para que el edificio jurídico que ha sido construido sobre estas bases se sostenga, el discurso del código de menores y la doctrina deben recurrir a la *ficción*¹⁶ jurídica como mecanismo de legitimación de sus postulados.

Las ficciones en el derecho

Solo con arreglo a los principios de la *ficción jurídica* es posible que el carácter tautológico y autofágico de los razonamientos que subyacen a los usos sociales de la premisa de la *incapacidad* no sean impugnados sino que, por el contrario, aparezcan como coherentes para los operadores de derecho y tengan efectos concretos en la determinación de la manera en que se gestiona el problema de la delincuencia juvenil.

Sin embargo, en este punto es necesario señalar que el hecho de que la *incapacidad* aparezca como *ficción* no quiere decir que no tenga relación con la verdad. Por el contrario, en tanto que *ficción* corresponde a una forma tradicional –aunque no la única ni la más incuestionable, utilizada y recomendable– de establecer la *verdad* acerca de un hecho susceptible de ser regulado por medio de la norma jurídica.

Junto con las ficciones jurídicas, el derecho produce verdades en función de su *valor proposicional* y en función de la *exactitud o adecuación* entre la cosa y lo pensado. A continuación se describe, en términos generales, en qué consisten estos modos de constitución de la verdad, cuáles son las circunstancias en las que se ejercitan, y qué implicaciones tienen con respecto a aquellos casos a los que se refieren.

En primera instancia la verdad establecida con arreglo a su valor proposicional se refiere al valor de lo *verdadero* (constituido por oposición a lo falso). Esta valoración proviene de una relación de consecuencia entre las premisas y la conclusión de un argumento correcto, de modo que el argumento es válido si su conclusión *se sigue de* o *es consecuencia de* sus premisas.

Este el punto de vista de la dogmática o “ciencia normativa”, la cual estudia el producto de la actividad legislativa con el objeto de lograr su adecuada y segura aplicación, verificando las proposiciones establecidas mediante un pro-

¹⁶ Reconocemos acá la prioridad, en la utilización del concepto de *ficción*, de uno de nuestros profesores, el Dr. Jorge A. Degano, quien al momento de nosotros estar presentando el anteproyecto de esta tesis publicaba su propia tesis doctoral: *Minoridad. La ficción de la rehabilitación* (2005).

cedimiento lógico en una construcción que tiene en cuenta la totalidad de los imperativos legales y su alcance, y que busca eliminar la contradicción aparente.

En segundo lugar, la verdad establecida en función de la *exactitud o adecuación* entre la cosa y lo pensado (*adaequatio rei et intellectus*) es la certeza de un hecho o de una afirmación, establecida mediante los medios de prueba. En este caso nos referimos a la verdad tal como se trata desde el punto de vista procesal, en el que, puesto que hechos y actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso, es menester comprobar la verdad o la falsedad de lo que se afirma. En este contexto la prueba es el medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio.

La verdad por exactitud o adecuación entre la cosa y lo pensado tiene por referencia la *verosimilitud* y es la que se establece, entre otros medios, con el concurso de la “prueba de peritos”, tal y como se encuentra regulada en los distintos códigos de procedimientos civiles o penales.

Por último, la verdad en el derecho puede presentarse mediante el recurso a las *ficciones jurídicas*. En estos casos, paradójicamente, la verdad es introducida –bajo la figura de la ficción– mediante un régimen que es el de “*lo conscientemente falso*”.

El orden del razonamiento ficcional corresponde al principio del fingimiento, sintetizado en la expresión “*como si*”, y se justifica en la medida de su utilidad y de sus objetivos de eficacia práctica.

Esta verdad es la de la *ficción* como *figura veritatis*. En palabras de Jeremy Bentham, lo verdadero ficcional se aplica a entidades a las cuales, no obstante atribuírseles existencia por medio de la forma gramatical del discurso empleado al hablar de ellas, no hay modo de prueba alguno que permita considerarlas como realmente existentes. El planteamiento de la *fictitious entity* introduce un grado de complejidad que nos desplaza del clásico esquema de la cosa *versus* lo pensado.

Según Marí (1987) las ficciones sirven para ampliar el mundo de las cosas tanto en literatura como en derecho. En el campo del derecho la utilidad concreta de las ficciones se encuentra relacionada con el reordenamiento de los derechos y obligaciones de las personas.

El rasgo principal que distingue a la *fictio juris* de la hipótesis (entidad no probada, pero susceptible y necesitada de prueba o refutación) es que, en la medida en que no está sujeta a pruebas verificacionistas ni a test falsacionista,

pertenece al régimen de “lo conscientemente falso”, y no es conservada “*sino (...) prácticamente en la medida de su utilidad*”.

Las ficciones son creaciones arbitrarias semejantes a los números imaginarios, ya que no existen pero ayudan a crear el sentido propio del mundo jurídico y a desplazarnos en él (Marí, 1987: 20). Entre los ejemplos de ficciones jurídicas con los que Marí (1987) ilustra el concepto, se encuentran:

- Los seres ficticios llamados “personas jurídicas”, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos;
- La postulación del art.70 del Código Civil, que remite el comienzo de la existencia de las personas a la concepción en el seno materno, estipulando que “*antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubieren nacido*”;
- Inversamente, el art.74 del mismo Código preceptúa que “*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido*”;
- El mismo Código, art. 2317, designa como inmuebles a los instrumentos públicos en donde constare adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles (Marí, 1987: 25-27).

Marí (1987) establece el paralelo de las ficciones jurídicas con la literatura por cuanto, con su juego de significantes y representaciones simbólicas, suelen romper con los paradigmas de tiempo real y provocar experiencias semejantes a las de la narración novelística. Con ellas las acciones humanas y sus efectos avanzan o retroceden, se suspenden por fuera de las estructuras del tiempo cronológico y/o revocan el pasado.

Marí (1987) plantea, además, que los cuerpos son transmutados en ficciones por el mundo social y los dispositivos jurídicos. En este sentido afirma que desde que existe la sociedad como “cuerpo social” el individuo renuncia a su cuerpo real y biológico para convertirse en sujeto de derecho.

Existe entonces una ficción de ingreso o inscripción de los cuerpos en el derecho. El cuerpo se hace nombre y palabra del discurso jurídico, sin retorno al cuerpo desnudo salvo por otra ficción del derecho romano, la *mors civilis o capitis deminutio*, que instituye al hombre considerado *como si* estuviese muerto para los fines de la ley.

De este sucinto examen de la naturaleza de las ficciones jurídicas se desprende el hecho de que es necesario distinguir entre ficción (fingimiento a sabiendas para atribuir a una persona o cosa cualidades que no tiene, o para favorecer a quien el derecho no ampara), por un lado, y *presunción*, por el otro.

Esta distinción es tanto más necesaria cuanto las *presunciones* se ubican en el registro de lo exacto —aunque no lo sean—, y por medio de la puesta en conocimiento público de los hechos relevantes de un caso y del examen de estos, ayudan a paliar o remediar la falta de información empírica, facultando a los operadores de derecho para la resolución de las causas jurídicas.

Por el contrario, según la teoría de las ficciones de Bentham, éstas son producto de artificios gramaticales. Bajo el nombre de *entidad ficticia*, Bentham piensa un tipo de objeto del que, en todo lenguaje y para los propósitos del discurso, se debe hablar como existiendo. Estas entidades ficticias no se confunden ni con las entidades fabulosas (el diablo, por ejemplo) ni con las hipótesis.

Dentro de esta teoría mientras las presunciones y las hipótesis son los presupuestos de una exploración de lo real en la que las proposiciones son sometidas a prueba para establecer su acuerdo con el referente, las ficciones son invenciones útiles que se ubican como representámenes de un referente al que es imposible demostrar empíricamente.

La premisa de la incapacidad como ficción jurídica

Con base en lo hasta aquí expresado es posible afirmar que la *incapacidad* tiene la estructura de una *ficción jurídica* que funciona *como si* fuese una *premisa lógica*. De esta transformación se sucede una serie de consecuencias funcionales entre las que se destaca la legitimación de las prácticas y representaciones ligadas al dispositivo de la tutela, esencial en la estructura del modelo de defensa social señalado por Fellini (1996).

A su vez, la hegemonía de las prácticas tutelares —que se presentan como opuestas a las que corresponderían a un derecho penal inhumano y pre-moderno— produce el desconocimiento y la invisibilización del niño y el joven como personas de pleno derecho y titulares de garantías procesales.

El resultado final de estas dinámicas es la constitución y consolidación de un dispositivo institucional de carácter tutelar-correccional que, por su as-

pecto penológico actúa como un verdadero «régimen penal de menores» en el que lo único que hace falta son las garantías procesales con las que cuentan los adultos.

Todo esto ha sido posible gracias al poder jurídico de la *ficción*, que es el instrumento privilegiado de la producción de la verdad en los casos en los que requerimientos urgentes y constricciones lógicas o empíricas poderosas impiden el desarrollo de sub-sistemas de argumentación legales más coherentes.

El régimen ficcional de la *premisade la incapacidad* se establece a partir del hecho de que la exclusión de la pena (no punibilidad) que opera en el caso de los menores delincuentes responde a un juicio (o presunción) que *no tiene carácter conjetural*, es decir, que en tanto hipótesis no es susceptible de ser probada o refutada por medios lógicos y/o empíricos¹⁷.

Por el contrario, el orden de la enunciación de la premisa de la incapacidad, que implica la postulación de la incapacidad psíquica de culpabilidad en los menores, es el del *simulacro* en la medida en que, respondiendo a un orden tautológico y autofágico, no permite que se establezca de modo lógico su acuerdo con el referente, sino que se impone sobre la realidad *como si* fuera un dispositivo lógico basado en evidencia empírica. Como consecuencia de este funcionamiento la premisa de la incapacidad tiene un carácter preceptivo absoluto (*“juris et de jure”*) en contra de lo cual no vale ni se admite prueba alguna.

Como resultado de lo anterior, Zaffaroni (1973) descarta que la *incapacidad* y su corolario, la inimputabilidad de los menores, revistan el carácter de presunciones, “porque la presunción se establece conforme a lo que generalmente acontece o es, en tanto que esto no cabe afirmarlo respecto de la inimputabilidad de un sujeto de 14 ó 15 años.”

Dentro de este marco de referencia, de admitirse el criterio dominante de la presunción *juris et de jure*, “se trataría de una ficción de inimputabilidad”, la cual funciona como una *causa personal de exclusión de la pena* (Zaffaroni, 1973: 598), es decir, como un límite prudente que el legislador impuso a la potestad punitiva del Estado.

¹⁷ En D’Angelo (2012) se ha descrito la forma en que la no-punibilidad del menor consagrada en la Ley 22.278 es homologable al primer caso del ya analizado artículo 34 inc. 1º del Código Penal argentino, en el que se recurre a “la insuficiencia de las facultades” como fundamento de la exclusión del menor del dominio del derecho penal.

Por eso, y por los efectos que acarrea la incapacidad psíquica del menor—de excluirlo no solo de la pena sino del régimen de garantías consagrado y, por lo tanto, de la relación jurídica— nos inclinamos por pensar que lo que suele ser denominado como la premisa de la incapacidad es en realidad una *ficción de incapacidad*.

Conclusiones

El examen del modelo jurídico que aplica para los casos de delincuencia juvenil en Argentina, y de la estructura del discurso que lo sustenta, permite concluir que al conjunto de los ejemplos de ficciones jurídicas presentados por Marí (1987) es preciso añadir el dispositivo de la inimputabilidad del menor en el Código de Menores de la República Argentina.

Este modelo, orientado a la protección de la sociedad antes que al bienestar de los sujetos sobre los que aplica se sustenta en la premisa de la incapacidad de los menores, la cual también posee una naturaleza ficcional, y como toda ficción jurídica responde a fines prácticos y de utilidad.

En este caso el fin utilitario de la ficción consiste en la exclusión de los menores del orden garantista que rige para los adultos en el derecho penal, y la concomitante consolidación de un modelo penal que se presenta como de protección, pero que sirve a los fines de la defensa social en el sentido que la estableció la mentalidad positivista y criminológica del siglo XIX argentino.

De esta manera la sociedad argentina desplaza, sumariamente, a los menores delincuentes al régimen de la tutela, el cual no es otra cosa que un régimen de confinamiento en el que la exclusión jurídica sanciona la exclusión social de las capas de la población que suelen ser consideradas como aquellas de las que provienen los jóvenes infractores.

En este sentido, la premisa de la incapacidad es un recurso retórico que sirve a un “intento de legitimación intrasistémico” (Fellini, 1996: 48) del modelo de defensa social que encubre, bajo un manto piadoso, las prácticas adscritas a una mentalidad para la que la representación de la criminalidad es la de una tara ligada no al acto delictivo sino a la naturaleza del sujeto.

La concepción de los jóvenes delincuentes que caracteriza a esta mentalidad puede sintetizarse en la afirmación de Ingenieros (2002: 228) según la cual “la sociedad tiene derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifi-

estamente antisocial o peligrosa, antes de que cometan delitos. No hay en ello restricción a la libertad civil, el menor no la posee...”. (Ingenieros, J., 2002: 228).

En la actualidad, la continuidad del dispositivo discursivo que sustenta el modelo de defensa social, con respecto al cual se ha demostrado en este artículo su carácter abiertamente tautológico, autofágico y ficcional, puede depender del hecho de que estas concepciones, así como también los objetivos que dieron origen al modelo jurídico orientado a la defensa social, aún corren curso en amplios sectores de la sociedad argentina y entre los operadores judiciales y jurídicos.

La pervivencia del modelo identificado por Fellini (1996), fundado en la ficción de la incapacidad, impide que los casos de los menores infractores y delincuentes sean tratados desde perspectivas más adecuadas a la búsqueda de la consecución del bienestar, tanto de la sociedad como de los individuos; y más justas, igualitarias y progresistas en términos de las prácticas legales.

Es por ello que la denuncia de la ficción de la incapacidad que aquí se ha llevado a cabo busca restituirle al menor el régimen de garantías vigentes para el adulto, más aquellas que deban ser añadidas teniendo en cuenta su condición de ser en desarrollo. Es contradictorio pretender consagrar al menor como persona (por parte de los teóricos de la reforma legislativa obedientes al paradigma de la protección integral) tratándolo, a la vez, como incapaz de culpabilidad, es decir, de reprochabilidad.

No obstante, debe evitarse la confusión entre incapacidad de culpabilidad y edad de imputabilidad, que es la otra variable en juego en el debate legislativo y jurídico. Centrar el debate casi que exclusivamente en esta última variable solo ha conducido, en el proceso de reforma legislativa, a proponer soluciones punitivas a edades más tempranas, como, por ejemplo, la de reducir la edad mínima de punibilidad de los dieciséis a los catorce años.

Con base en lo anterior proponemos que un Régimen Penal Juvenil basado en el paradigma progresista debe ser un modelo de responsabilidad juvenil. Dentro de este modelo el menor puede ser considerado capaz –para asignarle el régimen de garantías que se estima deseable– en el nivel analítico de la culpabilidad. Así mismo, el menor debe ser considerado como punible o no punible en el siguiente nivel de la teoría estratificada del delito, dentro de determinados rangos de edades, y para cierta calidad de delitos.

Luego de denunciar el tratamiento del menor como un ser básicamente incapaz, cuya falta de capacidad se fundamentaría en el insuficiente desarrollo de su posibilidad de comprensión afirmamos que el hecho de considerar al menor de edad con capacidad psíquica suficiente para incluirlo en la relación jurídica de la cual lo excluye el paradigma del modelo de defensa social, no significa que automáticamente esto acarree para él la condición de punible. La punibilidad es materia de política criminal y asunto del legislador, que deberá encontrar otra excusa que la presunta incapacidad valorativa para declarar al menor como no punible.

Tras estas consideraciones, y con miras a una pendiente reforma legislativa del régimen penal de menores, este artículo invita a que los operadores de derecho en Argentina y los legisladores nos preguntemos si los fines a los que sirve la ficción de incapacidad son los que corresponden a una orientación democrática del derecho.

A este respecto sostenemos que es necesaria una reforma verdaderamente progresista y centrada en la garantía de los derechos fundamentales de todos los argentinos. Estamos conscientes de que dicha reforma no es fácil de llevar a cabo, sobre todo porque entraña un verdadero cambio de paradigma y el abandono del modelo de defensa social.

Sin embargo, anticipamos la imposibilidad de resolver los problemas ligados a la delincuencia juvenil y el funcionamiento del régimen jurídico argentino si en lugar de arrostrar los riesgos y dificultades que implica el cambio insistimos en seguir anclados a premisas, como la de la incapacidad, que tienen un fundamento político-criminal encubierto tras su apariencia de humanismo y proteccionismo.

Es necesario que nos preguntemos, y que se indague, si el tratamiento legal que hasta el momento se da al sujeto *menor* condiciona no solo el abordaje institucional de la población infanto-juvenil, sino la producción misma de efectos psíquicos negativos susceptibles de ser detectados a título de síntomas producidos por el sistema actual.

Esta indagación debería estar dirigida a aportar datos que permitan la descripción del estado psicológico actual de los jóvenes que componen la población minoril alojada en institutos y a disposición de la justicia juvenil. Dicha descripción es fundamental para que podamos identificar cuáles son

las principales manifestaciones de padecimiento psíquico en los menores institucionalizados, cuáles de estas manifestaciones –descriptas en términos de síntomas, trastornos o perturbaciones– guardan relación con la situación de institucionalización, cuáles corresponden a factores o rasgos dependientes de la estructuración psíquica de la personalidad, y si existe algún tipo de correlación entre datos clínicos y situación judicial.

Asimismo, y por último, consideramos interesante contribuir a la resolución del problema que representa la ausencia de criterios sólidos respecto de la noción jurídica de responsabilidad penal en el terreno del menor edad. Para ello es necesario hacer uso del conocimiento alcanzado por la psicología clínica y la psicología del desarrollo, y del aporte de los instrumentos de evaluación psicológico-jurídica.

En este sentido, parece especialmente prometedora la noción de *estadio de desarrollo moral* (Piaget, 1932; Kohlberg, 1973, 1976), concebida como una secuencia del desarrollo de la personalidad que se refiere a la capacidad de emitir un juicio moral, dentro de un proceso cognitivo que implica una reflexión sobre los valores y su ordenamiento en una jerarquía lógica.

La investigación de estos aspectos y su relación con un posible desarrollo jurídico no ficcional puede ofrecer una sólida fundamentación científica en la labor de reforma legislativa mencionada más arriba. De este modo, acaso, podríamos construir una ley juvenil actualizada, que sea acorde con los criterios garantistas que predominan hoy en las legislaciones procesales y penales más modernas.

Referencias

- Abram, K., Teplin, L. A., McClelland, G. M. & Dulcan, M. K. (2003). Co-morbid psychiatric disorders in youth in juvenile detention. En: *Archives of General Psychiatry*. 60(11):1097-1108.
- Bluske de Ayala, G. (1975). *Derecho de menores*. La Paz: Junta Nacional de Desarrollo Social.
- Bravo, O (2002). *Psicología e Sociedad*. En: Tribunales terapéuticos: Vigilar, castigar y/o curar. 14, (2), jul/diez 2002.
- Caballero, J. S. (1963). *Regulación de la tutela y de la represión de los menores delincuentes en la República Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- D'Angelo, F. A. (2012). Tesis doctoral inédita. Facultad de Psicología – U.N.R.
- D'Angelo, F. A. y Barisonzi, E. (2005). Salud Mental y desarrollo moral en adolescentes en conflicto con la ley penal. En XII Jornadas de Investigación de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires y Primer Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Buenos Aires, Argentina.
- D'Antonio, D. H. (1986). *Derecho de menores*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Daroqui, A. y GUEMUREMAN, S. (2001). Cap. VI: Las renovadas formas de judicialización de menores: el trastorno psiquiátrico y la drogodependencia. En: *La niñez ajusticiada*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Del Puerto.
- Daroqui, A. y GUEMUREMAN, S. (1999). Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica. *Delito y Sociedad*, Año 8, (13).
- Degano, J. A. (2005), *Minoridad. La ficción de la rehabilitación*. Rosario, Argentina, Editorial Juris.
- Elbert, C. (2001). *Manual básico de criminología*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Fellini, Z. (1996). *Derecho penal de menores*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.
- García, E. (1991). "Prehistoria e historia del control socio-penal de a infancia: política jurídica y derechos humanos en América latina". En GARCIA

- MENDEZ y BIANCHI (Comps.) *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Galerna.
- García, E. (1992). *Infancia y adolescencia en la Argentina actual: pautas político-jurídicas para la reforma legislativa*. Inédito.
- Ingenieros, J. (1913/2002). *Criminología*. Buenos Aires, Argentina: Buena Vista Editores.
- Kohlberg, L. (1958). *The development of modes of moral thinking and choice in the years 10 to 16*. Tesis doctoral inédita, Universidad de Chicago.
- Kohlberg, Lawrence (1973). Continuities in childhood and adult moral development revisited. En: Baltes y Schaie (Eds.) *Life-span Developmental Psychology: Personality and Socialization*. New York: Academic Press.
- Kohlberg, L. (1976), Estadios morales y moralización. El enfoque cognitivo-evolutivo. En: Turiel, Enesco y Linaza (Comps.) (1989). *El mundo social en la mente infantil* (71-100). Madrid, España: Editorial Alianza.
- López-Rey, M. (1981). *Criminología. Teoría, delincuencia juvenil, prevención, predicción y tratamiento*. Madrid, España: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Piaget, J. (1932/1971). *El criterio moral en el niño*. Barcelona, España: Fontanella S.A., 1971.
- Sabater tomas, A. (1967). *Los delincuentes jóvenes*. Barcelona, España: Hispano Europea.
- Vezzetti, H. (1983). *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, Argentina: Folios Ediciones.
- Zaffaroni, E. R. (1973). *Teoría del delito*. Cap. 25: "La culpabilidad" (579-600). Buenos Aires, Argentina: EDIAR S.A. Editora.
- Zaffaroni, E. R. (1980/1995). La inexigibilidad de comprensión de la anti-juridicidad por incapacidad psíquica (Cap. XXXIII, Vol. IV). En *Tratado de derecho penal - Parte General*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

