

Fundamentos en Humanidades
Universidad Nacional de San Luis
Año VI – Número II – (12/2005) 25/52 pp.

La Ficción Jurídica de la Minoridad y la Subjetividad Infantil

Jorge Alejandro Degano

Universidad Nacional de Rosario

jdegano@fpsico.unr.edu.ar

Resumen

El concepto jurídico Menor refiere a diferencia en sentido social y subjetivo, y aparece determinado por dos características: la edad y la incapacidad, con consecuencias de protección jurídica.

La edad da testimonio de la Maduración, como proceso de adquisición de capacidades jurídicas que presuponen capacidades subjetivas o psicológicas constitutivas y conceptuadas desde una Psicología propia del discurso jurídico.

La Madurez/Inmadurez resulta difícil de reconocer en el registro científico con lo que su utilidad emerge como valor y fundamento del resguardo de la Minoridad de la que resulta condición y garante.

La Incapacidad jurídica impone una incapacidad imposible al sujeto/niño en su condición subjetivo-simbólica, revirtiendo entonces al valor pragmático de la función segregativa que implica.

La Madurez, la Punibilidad y la Responsabilidad articulan en el pase de Menor a Mayor mediante un salto cualitativo de resignificación que habilita la capacidad de ser sujeto responsable penal y subjetivamente.

Tanto la Minoridad como la fijación de su punto etario de culminación aparecen como efecto de necesidades político ideológicas antes que de una incapacidad natural en los niños. La Minoridad resulta entonces una construcción de raigambre ficcional consecuencia de concepciones protectivas con efectos segregacionistas, punitivos y objetualistas sobre los niños.

Abstract

The legal concept of Minor refers to a social and subjective difference determined by two features: age and disability which brings about legal protection.

Age leads to Maturity, understood as the process of gaining the legal capacities which imply the subjective or psychological capacities constituted and conceptualized from a psychology typical of legal discourse.

Maturity/Immaturity concept is difficult to recognize in the scientific register and therefore, its usefulness comes up as the value and basis of minors' protection becoming the necessary condition and guarantee of Minority.

Legal disability imposes a total incapacity to the subject/child in his/her subjective-symbolic condition, reverting, thus, to the pragmatic value of the segregative function it implies.

The process of coming into Majority is mediated by maturity, punishability and liability through a qualitative leap of resignification that qualifies the subject to become criminally and subjectively liable.

Minority as well as the age point of its culmination is the effect of political ideological needs rather than of a children's natural disability. Minority turns out, then, to be a fictionally rooted construction as a consequence of protective conceptions with segregative, punishable and objectualist effects on children.

Palabras clave

niñez - minoridad – subjetividad –incapacidad – ficción

Key words

childhood - minority - subjectivity - incapacity - fiction

1. Los “Menores”

Desde la lectura jurídica¹ los niños son reconocidos como “menores”, expresión de una diferencia que se destaca con la nominación jurídico conceptual “Menor de edad” de modo de puntualizar determinadas características definidas también jurídicamente.

El concepto de Menor tiene extensión extrajurídica por los efectos que en lo social determina el Derecho en su función normativa, siendo referente de características “sociales” que en los hechos los hace permeables a su designación como tales.

Estas características constituyen un conjunto de aspectos asignados a quienes se reconocen en el concepto y que determinan un modo específico de la

¹ Código Civil Argentino, Ley de Patronato de Menores - Ley 10.903 - y Régimen Penal de la Minoridad - Ley 22.278 / 22.803-.

subjetividad, tanto en su encarnadura como en la asignación que sobre ellos se direcciona desde quienes tienen el poder de señalar el lugar de los “menores” que, en sentido social y subjetivo refiere a diferencia.

La nominación conceptual de “Menor” constituirá una categoría, un status, de la Persona jurídica, respecto de la categoría de “Mayor”, con el resultado de la condición de perteneciente a la Minoridad.

2. La Minoridad

La Minoridad refiere a características o particularidades que configuran el objeto y sujeto de su discurso.

“La particularidad del sujeto de esta disciplina, ser no plenamente desarrollada en sus aspectos biológico, psíquico y - por consecuencia - tampoco en el social...

...ser en formación, cuyo incompleto desarrollo requiere el resguardo...” (D’Antonio, 1994:6:51).

La condición de la Minoridad es la de reconocer su objeto como sujeto de resguardo dada la incompletud que su condición impone, definida en términos de necesidad de protección.

El Menor resulta...

“...el ser humano necesitado de protección jurídica en razón de su edad.

Estas normas (...) tienen indudablemente por objeto al menor de edad, quien (...) emerge (...) como indiscutido sujeto de ese campo jurídico que atiende a sus peculiaridades con miras de protección.

Lo (...) que determina (...) la existencia de un status jurídico particular, una modalidad del estado civil que denominamos estado de minoridad, y que califica al sujeto asignándole un emplazamiento singular en la sociedad civil” (González del Solar, 1997:95:96:98).

La referencia destaca que el sujeto del “Derecho de Menores” está comprendido, y consecuentemente determinado, por la edad.

“Cabe (...) concluir que existe un verdadero estado de minoridad...”

No debe confundirse esta verdadera diferencia (...) con lo concerniente a la regulación de la capacidad... Ésta (...) constituye uno de los atributos de la persona en general y la consagración de la incapacidad del menor tipifica uno de los elementos protectorios a los que recurre el derecho de menores” (D’Antonio, 1994:51).

Sumado a la edad, otro rasgo diferenciador lo constituye la incapacidad y con lazo de consecuencia, la protección jurídica.

Estas características que aparecen vinculadas y de las que se dice que en su génesis son

“... captadas primeramente por la intuición y corroboradas más tarde por la ciencia...” (D’Antonio, 1994:96) no reconocen la misma naturaleza ya que una de ellas aparece como objetivable, registrable – la edad –, y la otra atribuida – la incapacidad -.

La protección evidencia un rasgo constituyente, consecuente y necesario, de la definición siendo por ello de raigambre exclusivamente jurídica.

Se destaca también la condición de estado de Minoridad, la que aparece determinando un continente del que son sujetos aquellos reconocidos como “menores”.

3. La Capacidad jurídica

La persona de existencia visible, el hombre, es poseedor de propiedades o características que lo hacen capaz para ser Persona jurídica o sujeto de derechos².

La capacidad a que refiere la atribución aparece como una dimensión de condiciones de quienes se constituyen en sujetos de derecho, siendo su naturaleza exclusivamente jurídica ya que:

“La capacidad o incapacidad de las personas depende exclusivamente de la ley...” (Salvat, 1958:400).

La Capacidad jurídica por lo tanto será lo que hace capaces a los sujetos de serlo y consiste en la aptitud para adquirir y ejercer derechos y obligaciones.

“Los términos: adquirir derechos y contraer obligaciones, es necesario tomarlos en un sentido amplio, comprendiéndose en ellos (...): 1º la adquisición del derecho (...); 2º su ejercicio; 3º su conservación y defensa; 4º su pérdida total” (Salvat, 1958:399).

Por ello, las capacidades de adquirir y ejercer aparecen como acciones posibles de la persona jurídica, las que se supone sostenidas en capacidades o aptitudes “naturales”.

“Esta aptitud se vincula muy directamente con la misma personalidad humana; por eso, todas las personas son, en principio, capaces de derecho” (Borda, 1965:383).

² Código Civil Argentino, Art. 52.

Finalmente las capacidades jurídicas que expresan legalmente las capacidades humanas presupuestas en todas las personas, permiten su reconocimiento como sujetos jurídicos y se refieren a la capacidad de realizar actos - y producir efectos - jurídicos, se diferencian entre capacidad de hecho y de derecho.

“La capacidad de hecho consiste en la capacidad conferida a un hombre por el orden jurídico, de producir mediante su comportamiento, consecuencias jurídicas, es decir, aquellas consecuencias que el orden jurídico enlaza a esa conducta.

La capacidad jurídica es, básicamente, capacidad para efectuar negocios jurídicos ...

Si se entiende por capacidad jurídica la capacidad de suscitar, con el propio comportamiento, consecuencias jurídicas (...) cabe entender como capacidad jurídica (...) también la capacidad de cumplir las obligaciones jurídicas; es decir, la capacidad de evitar con la propia conducta la sanción” (Kelsen, 1993:158:159).

Es necesario destacar que las capacidades analizadas en el párrafo, revelan un perfil subjetivo implícito y lógicamente posibilitador de la acción jurídicamente reconocida.

Es así como la capacidad de cumplir (con las obligaciones) implica el reconocimiento por parte del sujeto de un cumplimiento debido – legalmente requerido - y de su responsabilidad sostenida en lo que debe cumplir, es decir la articulación entre su posición subjetiva y el mandato de la norma jurídica.

Del mismo modo la capacidad de evitar con la propia conducta (las sanciones) implica: o bien un allanamiento en posición de sumisión por el temor que la sanción suscita, o el desafío ante tal amenaza con el incumplimiento y el desencadenamiento de la sanción, o bien la designificación o vaciamiento de contenido punitivo y el no cumplimiento por ausencia de la ecuación de implicación subjetiva que el lugar de la norma – vaciado por el sujeto – requiere³.

Todas estas posiciones subjetivamente posibles, indican que las capacidades jurídicas están implicando la dimensión subjetiva como contenido, sin la cual no tienen existencia o la tienen solo de forma.⁴

De ello que la dimensión subjetiva esté lógicamente aludida en el texto jurídico, configurando un sujeto supuesto de la norma al que se le atribuyen capacidades subjetivas tales que lo hacen capaz de ser poseedor de las capacidades jurídicas.

³ Nos referimos a las posiciones de la Neurosis, la Perversión y la Psicosis frente a la Ley.

⁴ Respecto de los modos y mecanismos de sumisión de los sujetos al derecho y el poder ver Legendre, 1979.

Pero además la letra jurídica determina que el modo en que se “adquieren” las capacidades jurídicas está marcado por el registro institucional del tiempo, medido en términos de la edad cronológica.

Es en este marco de la “adquisición” o acceso a las capacidades jurídicas en el que se reconoce el rasgo diferencial que nos interesa destacar del espacio de los nominados Menores.

En el lapso de tiempo comprendido entre el nacimiento (hecho biológico) y hasta la adquisición de la mayoría de edad y las capacidades jurídicas (hecho jurídico) la persona reviste una condición especial que la hace tributaria y objeto del estado de Minoridad, es decir, sujeto Menor.

Resulta interesante el reconocimiento interrogativo de lo que el parámetro de la edad atestigua, ya que constituye un punto de investidura clasificatorio jurídica que, basándose en un aspecto objetivado, determina diferencialidad subjetiva.

4. La edad cronológica y el tiempo de Maduración

“Siendo la edad el tiempo que una persona ha vivido desde su nacimiento, está de por sí estrechamente vinculada a la madurez (...) Ambas variables están en relación directamente proporcional, pero sólo en principio, pues para que el transcurso del tiempo impulse la maduración del sujeto deben mediar el aprendizaje y la experiencia” (González del Solar, 1995:207).

En la cita el autor refiere a la condición “subjetivo/objetiva” que la edad, como efecto del transcurso del tiempo, implica: el proceso de adquisición de Madurez, lo que se puede entender como el contenido de la forma que la mensuración etaria representa.

La edad da testimonio de un proceso de Maduración contenido en el transcurso cronológico del tiempo de vida en los sujetos, quedando la interrogación sobre si la afirmación no es reversible en el sentido de entenderse la Maduración como referente que da testimonio del sujeto.

En el primer caso con la fijación de la edad se atribuye una condición predefinida en el proceso de maduración. En el segundo, mediante el reconocimiento de la posición del sujeto respecto de lo requerido por la norma – variable a mensurar en cada caso en particular -, se determina la posición etaria, no universal sino situada en cada sujeto.

Si la edad cronológica determina lo esperable, los que no cumplen por determinadas condiciones con ese tipo quedan forzados a sostener posiciones compulsivamente más allá de su “capacidad”.

Si la posición en la gradación de lo esperado la fija la posición subjetiva alcanzada, cada sujeto estará considerado en su capacidad específica y su articulación con lo esperado será ajustada a su realidad.

La legislación argentina en materia de Minoridad reconoce el primer modelo: la fijación etaria determina la condición jurídica del sujeto "menor" salvando, mediante el parámetro universal, cualquier diferencia posible.

El segundo modo resulta interesante ya que permite reconocer la variabilidad intersubjetiva, punto de no menor importancia en tanto que el otorgamiento de la culpabilidad y responsabilidad penal p. e. se ajustará a las verdaderas condiciones del sujeto y no a un universal abstracto.

Este modo de determinación de la gradación del sujeto en cuanto al discernimiento es utilizado en algunos países europeos y era el previsto en el proyecto de Carlos Tejedor y el Código Penal de 1886 para la categoría intermedia de menores⁵.

De ello interesa considerar a qué dimensión y características se refiere el reconocimiento de la Maduración como proceso, y la Madurez como su producto.

"El término 'madurez' no ha sido extraído por la doctrina penal del lenguaje corriente, en el que nombra el punto óptimo que alcanzan los frutos en la vida vegetal, sino que ha sido adquirido de la Psicología científica - y más precisamente de la teoría evolutiva - en la que la 'maduración' designa al conjunto de cambios cualitativos que acompañan al decurso vital (J. Stone y J. Church - 1977)" (González del Solar, 1995:207).

En esta cita, con referencia a la llamada por el autor "Psicología Científica", aparece planteado que el proceso de adquisición de las capacidades jurídicas implica la puesta en juego de funciones o capacidades que podríamos llamar subjetivas o psicológicas, constitutivas. El Aprendizaje y la Experiencia aparecen posibilitadas por capacidades subjetivas presentes desde el nacimiento y serían las que permiten la consolidación del proceso de Maduración y la adquisición de las capacidades jurídicas.

Creemos necesario destacar que lo que el autor llama Psicología Científica no es nada más que una perspectiva, entre otras, desde las que se puede abordar el entendimiento del proceso psicoevolutivo del sujeto humano.

El reconocimiento y conceptualización de la Madurez ha sido planteado en las disciplinas psicológicas con diferentes fundamentaciones, sin que sea nuestra intención abrir una polémica en este trabajo respecto de ese campo temático

⁵ Aspecto referenciado en González del Solar, 1995: 212.

en el marco de la Psicología. Si interesa destacar que lo que el autor llama Psicología Científica aparece como un modo de entender los procesos psíquicos en consonancia práctica con las necesidades que el objeto jurídico requiere para su tratamiento.

Es decir que de lo que se trataría en definitiva, con la referencia y su elección, es de sostener, por medio del discurso de la Psicología, posiciones que converjan o articulen en el discurso jurídico de modo de sostener lo que la lógica de su despliegue conceptual impone como necesidad, operativizando así presupuestos o modo de entendimiento propios respecto de procesos psíquicos, psicoevolutivos en este caso.

Esta espacialidad, o lugar presupuesto, contenido, aunque no explícitamente, en el discurso jurídico, es lo que nosotros hemos llamado Psicología Jurídica, es decir el conjunto de modos de entendimiento que sobre las operaciones psíquicas sostiene el Derecho.

Es menester aclarar que esa Psicología Jurídica, sin formulación sistemática, tiene verdadera entidad lo que permite la recepción de formulaciones disciplinares que se ajusten a sus necesidades articularias en el tratamiento de sus objetos.

Desde ese lugar, la afirmación de la cita implica el reconocimiento de que existe una especificidad de la Niñez – la inmadurez - que la diferencia de la Adulterez y que el discurso jurídico registra como diferencia de atribución y delimitación en cuanto al sostenimiento de las capacidades jurídicas.

En ese sentido se ha argumentado interrogativamente señalándose que la posible “especificidad” de la Niñez resulta solamente una diferenciación respecto del adulto constreñida a la posibilidad que el sujeto se posicione en uno u otro de los campos especificados por atribuciones “externas” a su condición, siendo esa externalidad únicamente reconocida, sin ambigüedades, desde la mirada del desarrollo somático.

“¿Hay una especificidad de la infancia? ¿Tiene el niño una realidad propia, aunque sólo sea transitoria, o bien es simplemente una etapa? Todas las disciplinas muestran la misma ambigüedad y la misma perplejidad para definir al niño.

La pregunta es falsa, porque la frontera entre infancia y edad adulta no está muy determinada. ¿Quién puede sentirse adulto? Hay, ciertamente, indicadores somáticos: la maduración gonádica; la terminación de la osificación; la trayectoria de desarrollo que puede medirse en una curva y que se aquieta en el apogeo de la “fuerza de la edad”. Desde este punto de vista - crecimiento, edad celular, etc. -, el niño es un pre-adulto...” (Dolto, 1993:197).

La referencia señala sobre la dificultad de determinar características propias de la Niñez ya que en esa dimensión se articulan otros determinantes que ponen en cuestión el concepto universal y omniválido de Madurez.

¿Quién puede sentirse adulto? sería la interrogación por la diferencia desde la lectura del sujeto.

5. Madurez - Inmadurez

Finalmente, siendo la “especificidad” de la Niñez una dimensión difícil de determinar fuera del registro somático, ¿qué se puede entender por Madurez, posibilitadora de la adquisición de capacidades?.

“¿Qué debe ser entendido por ‘madurez’? ¿Qué cuerpos de saber están autorizados a evaluarla? Como en el caso de la incapacidad de los enfermos mentales, también en el caso de la inmadurez los desarrollos y la crisis de los saberes psicológicos y psiquiátricos han dado origen a debates en los que el status científico de categorías como inmadurez e incapacidad y la posibilidad de establecer relaciones lineales entre una y otra, han sido crecientemente criticados...” (Pitch, 2003:177).

La autora pone en crisis lo que se podría presentar como fundado por la Psicología “Científica”, es decir cuestiona las certezas científicas en tanto que esa dirección conduce a diversidad de posiciones y no a acuerdos universalmente válidos que puedan dar sustento a las necesidades de la norma.

Por ello, si se plantea interrogativamente la naturaleza de la Madurez y se descarta el ámbito de la ciencia, ésta resulta fuera del orden científico con lo que se insinúa que la utilidad resulta su valor y fundamento.

“La inmadurez es considerada una condición del sujeto (...) que es la base – y en cierto sentido la ‘causa’ - del acto delincuente. El diagnóstico de inmadurez (...) abre la posibilidad de adoptar medidas de protección justificadas en términos de carencias y necesidades” (González del Solar, 1997:182).

Se desprende que la Inmadurez, como presunción caracterizadora de la Minoridad, tiene la función de producir una explicación causal del acto delincuenciales minoril por un lado, y de justificar la aplicación de medidas protectivas de las carencias que la Inmadurez evidencia por otro, con lo que se presenta, en un primer nivel, el valor utilitario del concepto.

Siguiendo la cita, ¿qué quiere decir que la Inmadurez es la condición del sujeto?.

Deviene clarificador el reconocimiento que la Inmadurez, como ausencia de Madurez, resulta ser condición de su condición: la declaración de Inmadurez resulta garantía de la condición de inmadurez del Menor, con lo que, no existiendo valor científico que dé cuenta de la madurez/inmadurez, ellas se revierten circularmente sobre sí mismas en su valor pragmático instituyendo su existencia.

Ese efecto autorreproductor es lo que señala Pitch diciendo:

“La declaración de inmadurez es considerada en sí misma como productora de inmadurez, ya que priva al sujeto de sentido, conciencia y control sobre sus propias acciones. La inmadurez (...) es entendida (...) como el resultado posible de procesos entre los que se cuenta la relación con la justicia penal” (Pitch, 2003:183).

Se retoma en el párrafo la pendulación de la polaridad Menor-Inmadurez en el sentido que cada uno remite al otro con el efecto de privar al sujeto de toda capacidad posible de dar sentido sobre sus acciones.

Del mismo modo se señala respecto de la necesidad de la Inmadurez como articulador en la justicia penal, en tanto es el elemento que evita la sanción respecto de los delitos ya que, siendo el autor un inmaduro-incapaz-Menor, la pena pierde condición de aplicabilidad y da lugar a la tutela.

Claramente se reconoce el valor pragmático del concepto Inmadurez (Madurez) como soporte de su articulación en el discurso de la Minoridad.

La Inmadurez emerge entonces desde una posición de resguardo de la Minoridad de la que no es sino su condición, garante y articulador, con el punto destacable de la dificultad de reconocer sus fundamentos en los ámbitos científicos y con el evidente resultado práctico-funcional que rinde.

Estos supuestos jurídicos de las funciones o capacidades subjetivas constituyen un interesante núcleo de significación ya que ponen en juego cierto reconocimiento del que nos hemos permitido alguna observación en coincidencia con Dolto cuando señala:

“Desde hace siglos, el discurso sobre el niño subraya mucho más su inmadurez que su potencialidad, sus aptitudes propias, su genio natural. El discurso científico ha tomado el mismo partido” (Dolto, 1993:130).

6. La Capacidad jurídica y la Incapacidad de los “menores”

En el terreno de reconocer la Maduración en el proceso de la constitución de la Persona jurídica, es necesario entender a qué se puede señalar como Incapa-

cidad desde una lectura de las condiciones subjetivas a que se refiere en el supuesto.

(respecto de la persona humana)⁶ “se reconoce a la misma como tal y se la incorpora a

la vida jurídica con prevenciones que atienden a su estadio evolutivo. Desde entonces, y a lo largo de toda la minoridad, su desenvolvimiento se caracteriza por la incapacidad de hecho dispuesta en su interés...” (González del Solar, 1997:96).

El texto refiere a la Incapacidad de hecho dispuesta en beneficio del sujeto “menor”. Es decir que existe una intención en la organización jurídica que conduce a disponer el otorgamiento del beneficio que concluye con esa disposición.

Pero para que ella se efectivice debe existir un presupuesto de incapacidad “natural” que la operación jurídica reconozca y sancione con el otorgamiento de la Incapacidad jurídicamente dicha.

De este nudo fuerte de definición jurídica deviene la interrogación sobre la naturaleza de las capacidades de las que el “menor” carece y que dan lugar a su consideración como incapaz de hecho o, lo que es lo mismo, su desubjetivación.

Las Capacidades - fundamentalmente de hecho aunque también de derecho -, aparecen relacionadas con la condición o capacidad de los sujetos de producir, mediante sus conductas, efectos jurídicos, es decir, la capacidad de la producir evidencias de su condición de sujetos.

Si entendemos, desde la lectura psicoanalítica, que el sujeto lo es del discurso que lo sostiene, y que el mismo lo posiciona respecto de la dimensión del otro, la capacidad del sujeto será esencialmente la de producir hechos de discurso, así como que esos hechos estarán orientados, e implicando, al otro que el discurso representa, de lo que se desprende que todo hecho del sujeto pertenece a la dimensión del otro, aún en el niño más pequeño en el cual el otro está fundamentalmente encarnado en la figura de sus padres.

Desde esta lectura todo acto sostiene al sujeto y su relación al otro, por lo que se reconoce que toda manifestación o hecho importa una relación de responsabilidad en tanto está implicando al sujeto y a otro por medio de los hechos de discurso mediante los cuales se responde de / y / a esa relación que los suscita.

Desde este entendimiento, todo acto del sujeto es un acto simbólico y por ello pasible de ser dicho. Ergo, la incapacidad de hecho es difícil de reconocer ya que

⁶ El agregado corresponde al autor de este trabajo.

implica la incapacidad del sujeto para con lo que es su producción irresoluble e indelegablemente subjetivo-simbólica.

Y en la misma línea la implicación del sujeto en su acto ya que el acto, en tanto acto simbólico, implica al sujeto como significante del universo simbólico del que el acto da cuenta.

Otra cuestión es la relativa a las dificultades que puede presentar el sujeto para reconocer su lugar y el deseo implicado, situación de orden pedagógico o clínico que no exime al sujeto de su inscripción en el orden de la responsabilidad simbólico social que la norma representa, con lo que la Incapacidad resulta una atribución consecuente de una lectura desde fuera del registro del campo subjetivo.

Es en ese orden que aparece evidente una lectura positiva, u orgánica, de la dimensión del sujeto "menor", perspectiva desde la cual el sujeto resulta en "objeto" de operación jurídica desinvestido de las capacidades que lo harían sujeto, es decir de la capacidad de producir hechos de discurso y responder por ellos.

El reconocimiento de la dimensión subjetiva del niño indica de su apropiación del lugar de sujeto, de la responsabilización como consecuencia de su inserción en el campo del lenguaje, eje de lectura desde donde la Incapacidad jurídica de hecho resulta inapropiada por inarticulable ya que su función sancionatoria tiende a quebrar o clausurar la dialéctica del sujeto respecto de su despliegue como sujeto de discurso.

De allí, que el sostenimiento de la Incapacidad aparece vinculado más con su efectividad jurídica antes que con su reconocimiento en términos de condiciones o capacidades subjetivas, destacándose también el valor pragmático que presenta, referido a la función segregativa que permite.

De ello el "menor" resulta producto de la Incapacidad que sobre él opera o, inversamente, la Incapacidad resulta condición del "menor", con lo que se invierte la cadencia de la función tutelar como "cuidado" del sujeto, en tanto y en cuanto este cuidado lo enmudece, es decir, lo desubjetiva.

7. La edad de imputabilidad ¿fin de la Maduración?

Párrafos antes señalamos el tránsito en la adquisición de las capacidades jurídicas comprendido desde el hecho biológico del nacimiento al hecho jurídico de la adquisición de las mismas.

"La legislación argentina fija en los dieciséis años de edad la imputabilidad penal,(...) presume de modo absoluto la existencia de un desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto y dirigir las

propias acciones... Siguiendo un criterio biológico evita indagar en cada caso el desarrollo del discernimiento..." (González del Solar, 1995:212).

El texto evidencia que la interrogación respecto de lo distintivo de los procesos de adquisición de capacidades jurídicas es clausurada por una generalización que el Derecho produce: la recurrencia al criterio biológico.

Cabe desde allí la pregunta sobre la validez de este criterio para el reconocimiento de los niños en dimensión subjetiva, aspecto que revierte sobre las posibilidades que otorga la condición de Menor en su despliegue jurídico y no jurídico, quedándonos con el conocimiento de que la legislación fija como verdad el siguiente criterio o supuesto jurídico:

Menor de edad: sujeto etario, biológico - criterio universal.

En este sentido, Dolto dice:

"...La ciencia no se puso al servicio del niño. Se puso al servicio del orden establecido, de la instrucción pública, de la policía. O de la Ciencia misma. ...Tampoco aquí, por desdicha, está ausente la ideología. Se enfrentan escuelas de pensamiento, tendencias. La infancia como campo de estudio es eje de debate entre los modernos: unos, psicólogos, privilegian el papel del medio, del entorno; otros, los factores bioquímicos, los factores genéticos. Y los primeros acusan a los segundos de ser, si no reaccionarios, al menos aliados objetivos de la nueva derecha. Prejuicios, replican los neurobiólogos que reivindicán la inocencia de las palomas" (Dolto, 1993:84).

Respecto de la naturaleza de las capacidades que el "menor" adquiere el texto citado, situado en el derecho penal⁷, refiere a la capacidad de comprensión (capacidad intelectual, psicológica) y de dirección (o gobierno) de las acciones (capacidad volitiva)⁸, ambas capacidades relativas al "desarrollo intelectual y volitivo", es decir el desarrollo de la inteligencia - y sus procesos - y de la voluntad, funciones derivadas del presupuesto de la Maduración.

Repárese en que el texto dice "desarrollo intelectual y volitivo", en referencia al despliegue de capacidades naturales, inscriptas en la dimensión biológica y que el proceso de maduración va actualizando evolutivamente, concepción tributaria de cierta Psicología Evolutiva emparentada con las Psicologías basadas en procesos adaptativos del organismo al medio⁹.

⁷ Ver Art. 34 del Código Penal Argentino.

⁸ Se incluyen aquí, además de las acciones entendidas como acciones motrices – actos físicos -, las acciones como hechos de discurso, las que también tienen entidad en el discurso jurídico como Calumnias, Injurias o Amenazas en el Derecho Penal.

⁹ Nos referimos a las posturas que abrevan en último término en la corriente de pensamiento que inaugurara el behaviorismo.

La adquisición de las capacidades de comprensión y dirección de las acciones, referidas puntualmente en las condiciones de la Imputabilidad penal como sus supuestos psicológicos, indicaría que el “menor” que las adquiere está en condiciones de ser sujeto de la pena, es decir que con la declaración jurídica de Imputabilidad se estaría señalando la adquisición de la Madurez, al menos en alguno de sus aspectos.

De cualquiera de los modos, existe una relación directa y circular entre Madurez e Imputabilidad y entre Inimputabilidad e Inmadurez, reconociéndose que vincula dos términos de proveniencia diversa: la Imputabilidad es un significado jurídico, la Madurez de raigambre psicológica o biológica según el entendimiento que lo aborde.

¿Qué permite que dos términos de recurrencia disciplinar diferente articulen?.

El campo que permite la articulación heteróclita es el criterio etario; la edad resuelve el problema de la articulación interepistemológica sin ninguna traba: el hecho de alcanzar la edad que fija la legislación es garante de la adquisición de la Maduración y de la capacidad de ser sujeto punible.

En este acto súbito de atravesamiento de la barrera etaria se produce además el advenimiento de otro componente interesante en cuanto a la recurrencia multidisciplinar y las interrogaciones que permite: la Responsabilidad.

Porque en el acto de la adquisición de la condición de imputable se adquiere también la capacidad de ser sujeto responsable penalmente y, según el razonamiento seguido, sujeto de la responsabilidad subjetiva.

Finalmente, la Punibilidad, la Madurez y la Responsabilidad articulan en la producción de un acto-sanción de transformación cualitativa sobre la misma persona: el pase de Menor a Mayor, al menos desde la lectura penal.

8. De “Menor” a “Mayor”

El pasaje de una condición a otra habilita la interrogación sobre sus particularidades: si su adjudicación es simultánea y masiva o bien progresiva al atravesamiento del límite etario.

Siendo esto del primer modo se produciría un salto cualitativo entre lo biológico y lo jurídico mediante un acto abrupto de inmersión del sujeto en la calificación jurídica de Mayor.

En el segundo supuesto, existiría un continuum de maduración y adquisiciones redundante en el completamiento de las capacidades, resultado de operacio-

nes de tiempo lógico que impactan en el tiempo cronológico determinando una barrera etaria transversal, traspasada la cual el sujeto es inscripto con una significación diferente en cuanto a su status jurídico.

En verdad, la letra jurídica reconoce una atribución progresiva de capacidades¹⁰, lo que no quita el reconocimiento de la primera hipótesis que, llegado al borde etario, el sujeto Menor se sumerge en la Mayoría mediante el salto cualitativo de su resignificación.

El resultado es que de un momento a otro el mismo sujeto pasa de Menor a Mayor, con el efecto paradójico que dos personas diferentes habitan sucesivamente al mismo sujeto en una fracción temporal inmensurable.

Este hecho ficcional representa un escenario subjetivo - además de jurídico - que admite la interrogación por sus consecuencias desde el lugar de la intimidad del sujeto en relación a la aplicación de la ley y su eficacia.

En este punto para el Derecho no existe cuestión; para el campo de la interrogación por la dimensión subjetiva se abre todo un capítulo.

Porque en verdad ¿qué es lo que la cultura familiar y social organiza en tiempos donde la adolescencia se ha extendido hasta pasada la segunda decena para que este pasaje tenga efectividad en el sujeto que se “convierte” en mayor?.

Desde la lectura del sujeto nada hace u ocurre a su vida, sus referencias subjetivas continúan siendo las mismas, la determinación jurídica resulta extraña - y sólo actual en caso que su presencia sea exigida - aunque objetivamente sí algo ha ocurrido: ha sido capturado por un circuito legal diferente y con consecuencias de otra naturaleza que en el preexistente.

Lo que se propone a consideración trata sobre los efectos subjetivos que la condición jurídica determina en el recorrido que impacta en la subjetividad, de manera disolvente en algunos casos y extraña en general.

El campo más amplio de debate en que se sitúa este señalamiento es el de la extrañeza radical y la íntima necesidad, simultáneamente, entre el Sujeto y la Ley con expresiones discursivas diferentes.

“Ambos (...) el discurso de la Norma y el discurso del Sujeto comienzan con una prohibición, un acto de poder - y por ello radicalmente ilegal - instalando lugares diferentes: el discurso de la Norma es ‘externo’, el discurso del Sujeto es ‘interior’, como en la banda de Moebius, y coexistirán en cierto nivel de complementariedad aunque de ignorancia mutua”. (Degano, 1999a:18).

10 Claramente en los aspectos civiles.

9. El límite de la edad

No se nos escapa que el límite etario deba ser fijado, por necesidad instrumental del sistema jurídico, en el orden de la convención o consenso de modo de constituir un punto de virtualidad necesario a la articulación del valor universal de la norma, situación que denuncia el carácter intrínsecamente ficcional del discurso jurídico¹¹.

No es nuestra intención destacar imposibilidades o plantear situaciones que no presentan alternativa. Reconocemos que en las normas jurídicas las ficciones existen para hacer operativo el Derecho, siendo imprescindible fijar el límite en algún punto que resulte lo menos discriminatorio y lo más igualitario posible.

El valor ficcional del discurso jurídico en cuanto a la teoría del sujeto ha sido destacado en su valor constitutivo.

“...la ficción, a la que hemos visto relucir con motivo de la representación de la teoría jurídica del sujeto, constituye un dato esencial en la proximidad a los saberes de la ley. Fictio figura veritatis es una expresión de rancia estirpe jurídica y (...) fundamento de una teoría del arte (...) que hoy podríamos traducir en una definición del orden normativo como montaje de ficciones” (Kozicki, 1987:121).

Pero tampoco debe dejar de señalarse que en el proceso para la fijación del punto etario convenido - más allá de las referencias “científicas” a que el legislador/jurista acuda para su definición - intervienen aspectos diversos, no siempre relacionados con una racionalidad, tales como las necesidades institucionales del sistema, su funcionalidad y el ajuste a los reclamos político institucionales, las coyunturas históricas, las concepciones que conforman el imaginario colectivo, las convicciones íntimas, las influencias confesionales, los prejuicios ideológicos, los puntos de ceguera subjetiva, etc.

De todo ello se puede reconocer que el discurso de los juristas - llamados aquí legisladores/juristas - esté atravesado por determinantes que trascienden las posibilidades disciplinares o científicas, tanto por la naturaleza del objeto en tratamiento como por las necesidades funcionales de las instituciones que fuerzan en la determinación del sentido.

“El discurso de los juristas descansa sobre presupuestos axiomáticos, es decir, sobre verdades autodemostradas, que se vinculan formando entramados y estableciendo referencias y jerarquías, en continua tensión en busca de coherencia interna, ajuste a los rigores lógicos, articulación en sistemas, adaptación a

¹¹ Ver Marí, 2002 y Kozicki, 1987.

necesidades sociales, informadas desde otros sectores de conocimiento y teñidas ideológicamente” (Kozicki, 1987:118).

Interesa señalar que la fijación de un punto de cierre del proceso de Maduración y apertura a la adquisición de las capacidades jurídicas pertenecería esencialmente a ciertas coyunturas político ideológicas que se manifiestan produciendo determinaciones, a veces heterogéneas, que constituyen un campo no pacífico.

El resultado diverso sobre la fijación del punto etario ejemplifica de esa dimensión.

10. La edad relativa y las capacidades

“...la incapacidad de actuar jurídicamente por sí se mantiene (...) hasta el día en que el sujeto cumple los veintiún años de edad (Art. 126 C.C.), y su quebrantamiento acarrea la sanción de nulidad (Art. 1041 y 1042 C.C.).

La ley distingue entre los menores impúberes, que todavía no han cumplimentado los 14 años, y los menores adultos... Los primeros adolecen de incapacidad absoluta (Art. 45) por presumirse que carecen de discernimiento para los actos lícitos, en tanto los segundos (...) cuentan con incapacidad relativa ya que se les reconoce aptitud para los actos que las leyes le autorizan otorgar (Art. 55).

Dentro de la minoridad impúberes...es posible reconocer ciertos actos que el incapaz puede (...) cumplir. Y así (...) puede trabajar en empresa familiar en circunstancias excepcionales (Art. 189 Ley 20.774), adquirir la posesión desde los 10 años (Art. 2392 C.C.) y actuar como mandatario de sus padres o de terceros (Art. 1870, inc. 4to. y 1897 C.C.).

La minoridad adulta (...) conviene distinguir dos tiempos: el primero, que corre antes de los 18 años, en que el incapaz puede reconocer hijos extramatrimonialmente y estar en juicio criminal como imputado sin autorización de sus padres, como asimismo trabajar y casarse (la mujer) con dicha autorización. El segundo, que va desde los 18 años hasta la mayoría de edad, en que el incapaz puede celebrar contrato de trabajo, ejercer título profesional habilitante, administrar y disponer de lo ganado con su trabajo y testar sin necesidad de autorización de sus padres, como así también casarse con autorización de éstos (el varón) y ser emancipado....

Con respecto a los actos ilícitos, la ley civil presume que los menores de 10 años carecen de discernimiento (Art. 921 C.C.), y la ley penal declara inimputables a los menores de 16 años (Art. 1ro. Ley 22278, según ley 22803) por lo que

la reprochabilidad se inicia a esta edad con consecuencias distintas antes y después de los 18 años” (González del Solar, 1997:98:99).

El hecho de que la Minoridad tenga una simultánea y multívoca validez en el punto etario de su culminación, aparece disperso en diferentes aspectos según el perfil de la función y el campo o rama del Derecho.

Es necesario destacar que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fija la mayoría de edad en 18 años.

Existe actualmente un debate o diferencia de posiciones entre juristas que consideran que, existiendo pactos internacionales con jerarquía constitucional - desde la reforma de 1994- y siendo ley posterior al Código Civil, se podría plantear la inconstitucionalidad de mantener la mayoría a los 21, aspecto que todavía no ha tomado consenso con el resultado que en algunos casos se sigue considerando judicialmente la mayoría civil en términos de 21 años.

En el mismo sentido Fellini, problematizando el concepto, señala:

(la capacidad jurídica)¹² “se adquiere a los 18 años para responsabilidades políticas restringidas, como por ejemplo se debe votar a partir de esa edad, pero sólo se puede ser elegido como diputado a los 25 años, y como senador a los 30; la capacidad civil se adquiere a los 21 años; la capacidad para disponer sexualmente del cuerpo parece adquirirse antes, a juzgar por el límite del estupro a los 12 años para la mujer” (Fellini, 1996:52).

Otra referencia indica que según la ley de trasplantes, un menor puede donar sus órganos a partir de los 18 años, pero no puede disponer de los bienes recibidos por herencia, legado o donación sino desde los 21. O sea, de la vida o la salud pueden disponer libremente, pero de la propiedad habida sin su esfuerzo, no.

Similar y dramática situación ocurría cuando existía el Servicio Militar obligatorio: a los 18 años se enrolaba a los varones en el Ejército. De hecho fueron a la guerra de Malvinas, pero los combatientes no podían disponer de algunos derechos civiles hasta los 21.

La relatividad en cuanto a los criterios sustentados hace reflexionar sobre cuál es el objeto de la fijación de la edad desde la mirada de las necesidades de los niños, no desde las del legislador/jurista.

“Aquello que respondería al ritmo de la necesidad y del deseo del niño es completamente contrariado por una actitud obsesiva del adulto. Se le impone un ritmo arbitrario, contrario a su propio ritmo.

Lo que debería importar es el ritmo de cada cual y no la edad civil....

¹² El agregado pertenece al autor de este trabajo.

La edad afectiva, la dinámica del deseo del niño debería ser el único fundamento del paso al curso superior, de la aceptación de niños de más edad entre otros más pequeños o más grandes y cuyo modo de vida es más conveniente para él si es aceptado por ellos” (Dolto, 1993:184).

11. La edad de la sanción penal

Las configuraciones de la diferencialidad etaria han ido cambiando en una variación que en el campo penal va desde los 10 años (según el proyecto de Carlos Tejedor de 1865 y el Código Penal de 1886 - Ley 1.920) hasta la edad de 16 años que actualmente rige según la Ley 22.278/803 como límite de la inimputabilidad absoluta, continuada de un espacio etario que cubre de culpabilidad y responsabilidad entre los 15 y los 18 años en el Código Penal de 1886 y entre los 16 y los 18 en el Régimen Penal de la Minoridad actual¹³.

En rigor de verdad la edad ha sido el referente diferenciador de la condición de responsable en el campo penal, con la paradoja que, llegados al límite de los 17 años y 364 días, se tiende un puente de un día hacia la responsabilidad penal plena, precedida por el período que se inicia al momento de cumplir los 16 años y que goza de las prerrogativas que establece la ley 22.278 en cuanto a la declaración de culpabilidad y responsabilidad penal.

Es necesario advertir que en el campo penal la impronta de diferentes momentos o estadios en el camino de la adquisición de las capacidades parece haber sido reflejada mediante el otorgamiento escalonado de responsabilidad penal tal como lo establece la ley 22.278.

En cuanto a la responsabilidad penal de los menores el texto de la ley 22.278, modificada por la ley 22.803, fija la edad de 16 años como límite de la no punibilidad absoluta y la de 18 como límite de la punibilidad respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad de hasta dos años, con multa o inhabilitación, refiriendo a la mayoría respecto del cumplimiento de pena y sus condiciones.

En este texto aparece recortado mediante un escalón etario el espacio de la responsabilización/punibilidad sobre actos tipificados por el Código Penal como delitos y que se imputan a quienes sean sus sujetos, llamados aquí autores.

Hasta los 16 años la desresponsabilización es absoluta y en el segmento comprendido entre esta edad y los 18 años existe un reconocimiento de responsabi-

¹³ La edad de punibilidad de los menores, actualmente de 16 años, fue inicialmente de 14 según la ley 22.278, posteriormente modificada por la ley 22.803.

lidad penal sólo referida a un tipo o tipos específicos de conductas punibles ya señaladas en párrafos anteriores, agregando además la ley algunas condiciones que se pueden reconocer como pautas indicativas de que en el espíritu de la norma estarán contempladas:

- 1) cierta concepción de la gradualidad en la adquisición de las responsabilidades (capacidades) frente a la ley penal y;
- 2) complementariamente, un espíritu contemplativo de razones especiales o específicas del sujeto en ese lapso de su “desarrollo” o maduración según se desprende de la “tolerancia” fijada en el establecimiento del Tratamiento Tutelar referido en el Art. 4to., inc. 3ro.,

Con respecto a este “tratamiento” que la ley establece, hemos señalado la dificultad de entendimiento que genera y las consecuencias para la subjetividad que representan sus posibles interpretaciones.

Estos aspectos introducen la posibilidad de una interrogación sobre las consecuencias subjetivas intervinientes a partir de la presencia en la norma de concepciones “tutelares” que intentan, fallidamente, dar sentido a la medida técnica que prescribe.

“Entendiendo que la única manera de rehabilitar a un sujeto que ha tomado vinculación con el delito sea que él mismo, en el espacio que la Ley otorga, pueda pensar su habilitación (...) en el ordenamiento social... Resulta evidente la necesidad de articular un espacio posibilitante para que, ocupando el espacio que la ley (22278) prevé con el nombre de Tratamiento Tutelar opere de instancia instrumental en atención al espíritu de la norma, dándole dimensión de contenido y así llenar la orfandad conceptual del texto legal” (Degano, 1999a:80).

12. La determinación “biológica”

Nos interesa destacar, transversalmente, lo relativo al sentido positivo que las concepciones jurídicas expresan en sus consideraciones primigenias. Hemos señalado que la referencia última respecto de sus objetos es la comprobación fáctica.

En el caso de la persona física del “menor” se ha destacado de modo evidente el otorgamiento de las capacidades, a lo que agregamos también respecto del reconocimiento de lo denominado “comportamiento” o entidades similares, resultado de las acciones de recuperación o rehabilitación.

Esta determinante que se expresa al tomar la edad cronológica como criterio indicativo en las gradaciones señaladas, reduce al desarrollo orgánico-funcional de las personas su condición de posibilidad de ser sujetos del Derecho, tanto en

lo cronológico (nomalidad) como en lo conductual (anormalidad). Esto último está referido a la psiquiatrización de los requerimientos para la fijación de las desin-vestiduras subjetivo jurídicas como en el caso de la Insania, capítulo ajeno a la Minoridad pero que ilustra sobre lo tratado.

Este criterio “naturalista” ha sido señalado en cuanto a las consecuencias de desubjetivación que implica.

“La naturalización de las relaciones entre adultos y niños ha provocado diversos fenómenos. La “minorización” biológica del niño ha operado vaciando de su contenido histórico los vínculos entre generaciones, justificando múltiples formas de intervención autoritaria y ha sido sustraída u obviada en el relato historiográfico” (Carli, 2003:24).

La autora señala que la reducción de la niñez a su aspecto biológico, proceso de “minorización” por excelencia, desvincula la condición que inviste el así reconocido de la cadena generacional y consecuentemente de la historia, pilares de la condición subjetiva.

Esta concepción, llevada a un extremo en su tensión, conduce a lo que Legendre ha llamado la concepción Carnicera de la subjetividad¹⁴, modo de desubjetivación radical que se expresa en grados menores en el caso analizado.

Esta advertencia no nos parece menor ya que, en la línea en que se reconoce que circula basalmente toda la producción jurídica, la condición subjetiva está entrapada entre el muro de la dimensión biológica - el cuerpo y sus manifestaciones naturales - y el muro de la subjetividad “jurídica” - los supuestos de carácter universal que el derecho determina como parámetros de su constitución (capacidades) y manifestaciones esperables (conductas normales) -.

Con el término de subjetividad jurídica nos estamos refiriendo a la apropiación o significación jurídica de la dimensión subjetiva y al otorgamiento de sus condiciones epistemológicas, situaciones que referimos en el presente trabajo con el señalamiento de la existencia de una Psicología Jurídica.

La interrogación adviniente inquiera sobre alguna coincidencia entre los puntos de “desarrollo” supuestos por el discurso jurídico en el tránsito del “desenvolvimiento” de la subjetividad y las condiciones efectivas de reconocimiento de esa dimensión desde esta lectura.

Es decir, sobre cuáles son las condiciones jurídicas de posibilidad de manifestación de la dimensión subjetiva, en dimensión de la intimidad en el marco del discurso jurídico.

¹⁴ Respecto de la reducción al orden biológico de la condición subjetiva, lo que señala Legendre como gesto contable de esencia carnicera, véase Legendre, 1994, p. 19 a 25.

13. La “Psicología jurídica”

La interrogación respecto de las condiciones de posibilidad del reconocimiento de la Subjetividad desde el campo jurídico - y apuntando a un límite - permite afirmar que el discurso jurídico construye su propio campo de la subjetividad, sostenido en los operadores conceptuales con que trabaja, con el resultado de la producción de un sujeto/objeto jurídico.

“...el individuo supuestamente renuncia a su propio cuerpo real, natural y biológico, para convertirse en sujeto de derecho. En esta ficción de ingreso o inscripción de los cuerpos en el derecho, la ley los interpela en una forma muy bien expresada por Michel de Certeau (...): ‘dame tu cuerpo y yo te doy sentido, yo te hago nombre y palabra de mi discurso’” (Marí, 1987:23).

Se trata en el párrafo sobre la “apropiación” jurídica de los sujetos en su investidura o significación como sujetos de derecho. La metáfora de de Certeau es clara: la significación jurídica implica la alienación del sujeto, la exposición del cuerpo y, consecuentemente, la toma del sentido jurídico. La alienación subjetiva y la renuncia al cuerpo constituyen por lo tanto la condición del reconocimiento jurídico.

En similar razonamiento, la “minorización” implica la alienación de la Niñez.

Es necesario no obstante reconocer que la renuncia al cuerpo a los fines de su resignificación jurídica no implica su borramiento ya que si bien por un lado el circuito del sujeto del derecho opera en una dimensión simbólica, por otro su puntualidad implica el registro positivo de los cuerpos como referente de sentido tal lo analizáramos precedentemente.

La relación al contenido subjetivo de las configuraciones jurídicas que adelantamos como supuestos, importa el reconocimiento de la existencia de entidades de entendimiento o raciocinio que operan respecto de los sujetos del discurso jurídico de modo de ser referentes en cuanto a la comprensión o representación jurídica de los procesos mentales o psíquicos.

Desde esta línea de investigación surge la interrogación sobre el sentido subjetivo de las capacidades que el Derecho otorga a las personas jurídicas.

Al respecto, hemos señalado de la existencia de una concepción psicológica implícita o imbrincada en la textura íntima del discurso jurídico, lectura de la que hemos dado cuenta en diferentes momentos (Degano, 1999:59 y subsiguientes).

Es así que hemos destacado que el discurso jurídico sostiene su propia teoría psicológica.

Son múltiples los lugares en que puede reconocerse la psicología en la que el discurso jurídico revierte sus necesidades explicativas de las acciones humanas, pero en general se admite que es el campo denominado Psicología de la Conciencia.

Para el jurista, el sujeto es responsable, en sentido de capaz, cuando es un sujeto consciente, autónomo, regido por la razón.

De la misma manera, cuando estos “atributos” o capacidades “psicológicas” están ausentes, se lo reconoce pero refiriendo su ausencia: inconsciente, anormal, desposeído de la razón, finalmente, Incapaz.

Es justamente en ese sentido que la Persona jurídica “tiene” - desde el punto de vista de la psicología que la sostiene - el atributo de la autoconciencia o autorreferencia.

El concepto de Persona, en su raíz, indica un movimiento centrípeto: el sentido Per-se (per-sona) o Para sí, sentido que atraviesa las cadenas de significación del discurso jurídico y que, por su efecto, produce un lugar de sujeto autorreferente en cuanto a su función de Conciencia y Voluntad.

Afirmamos que existe un reconocimiento implícito de categorías psicológicas constituyentes de la condición subjetiva del Sujeto del Derecho, las que sostienen la credibilidad por el otorgamiento de contenido a ciertos significantes jurídicos tales como “los dichos”, “la voluntad”, “la intención”, etc., dándole por ello carácter de creíbles, verdaderos.

Hemos señalado respecto de una orientación de los presupuestos “mentales” en el sentido de su similitud con lo que se conoce como la Psicología de la Conciencia, modelo académico de la Psicología de fines del siglo XIX cuyo centramiento teórico sistemático era el concepto de Conciencia.

El centramiento en la Conciencia constituye la garantía o reaseguramiento de la Verdad – y la capacidad - del sujeto, ya que la sujeción a la conciencia ante la interrogación judicial, como convocatoria al escenario de la Conciencia y la Voluntad, constituyen garantía del decir y de la responsabilidad; por lo tanto, del sujeto.

Otro capítulo es el relativo a la mentira, preocupación central en el campo de las investigaciones judiciales y que ha convocado y convoca alrededor de la función del falseamiento, constituyéndose, en las prácticas forenses, en una entidad reconocida como “capacidad o tendencia fabulatoria”, entidad difícil de referir a algún cuerpo disciplinar fuera de la señalada como Psicología Jurídica, siendo uno de sus conceptos constituyentes.

La mentira, aún en su evidente existencia en la escena judicial, no desvirtúa el centramiento consciente como referencia hegemónica, ya que el que miente lo hace intencionalmente (conscientemente), haciendo la salvedad de su confusión con los procesos delirantes.

Otro aspecto es el relativo al lugar del sujeto que miente respecto de su mentira.

La afirmación “yo miento” pone el punto de la interrogación sobre cuál es el lugar del sujeto en ese decir del desdecir, situación que excede el marco de la mentira consciente.

El problema de la configuración psíquica subyacente del sujeto-Persona, deviene de la necesidad de referencia concreta del Derecho, más allá de las corrientes o filosofías que lo componen, de modo que el sujeto jurídico aparece vinculado con el conocimiento inmediato, referenciable, atribuible, el conocimiento entendido en términos de operación consciente.

“En el campo teórico el derecho tradicional ha sostenido siempre, (...) una concepción empirista del objeto sobre el que recae su acción. La teoría se detiene a los pies de “el hombre” en tanto realidad natural o producto histórico social, o de un “ser” hecho “a imagen y semejanza” de su Creador... Así es como los ideales humanistas o religiosos (...) se convierten en fuente e inspiración de su teoría” (López, 1994:195).

La Conciencia y la Voluntad como atributos del sujeto del Derecho han sido señalados críticamente por su construcción ficcional, destacándose así la ficcionalidad – necesaria para algunos autores – del sostenimiento de las categorías psicológicas que asisten al discurso jurídico.

“El academicismo iusfilosófico (...) reacciona escandalizado cuando se denuncia el carácter imaginario de la creencia en un sujeto unificado razonable y razonador, con voluntad y aptitud de conocer. Ese academicismo no puede admitir que la noción jurídica de sujeto constituya una ficción, integrada a su vez en un orden jurídico, orden éste que es - ni más ni menos - que un montaje de ficciones” (Kozicki, 1987:119).

Esa construcción ficcional es el paradigma que da cuenta, mediante la capacidad consciente de conocer y manejar voluntariamente sus actos que se le atribuye, el fundamento de la imputación y la responsabilidad.

Finalmente se puede decir que la Persona Jurídica presenta atributos subjetivos presupuestos desde una Psicología Jurídica que le otorga funciones “mentales”, tales como la comprensión (de la criminalidad de los actos - art. 34 del C.P.) y la direccionalidad (de los mismos) lo que implica a su vez un control de la motricidad en relación con razonamientos o ideas de las que el sujeto pueda responder, así como, implícita en la punibilidad, la posibilidad o capacidad de responder, es decir dar respuestas, lo que supone la comprensión de la interrogación, la memoria y evocación (relativa a hechos pasados por los que el sujeto responde), la capaci-

dad de reflexión sobre su delito en la teoría de la pena, etc. operaciones éstas que implican mecanismos psicológicos en su realización y entendimiento, tales como establecer correlaciones, analogías, pensamientos abstractos, etc., operaciones éstas que han sido decriptas en diferentes teorías y sistemas psicológicos ya sea como funciones, ya como entidades, capacidades, etc.

Las concepciones “psicológicas” del discurso jurídico son las que van a configurar el contenido de las disposiciones que las organizan y de los objetos de su operación.

Estas entidades, subyacentes a los textos que el Derecho nos ofrece, han estado presentes desde el inicio del campo del llamado Derecho de Menores y han organizado de diferentes maneras las leyes que sobre los “menores” han sido escritas, permaneciendo inalterables en cuanto al otorgamiento de una incapacidad “natural” y al atravesamiento de sus entendimientos de la conformación psicológica – en los modos descriptos – de las personas, bases que nos permitimos no compartir y ponemos en cuestión.

14. La arbitrariedad histórico política de la Minoridad

Finalmente destacamos que la Minoridad es, en su esencia positiva, una gradación etaria que intenta cubrir un universo supuesto de características diferenciadoras de la Niñez respecto de los adultos. Estas características se puntualizan en innumerables intentos de asir los elementos diferenciales que han producido las máscaras de la Incapacidad y de la Inmadurez, resultando una intención ciega en cuanto a formulación sustentable en lo conceptual y fácticamente permeable a los juegos del poder que ejercen las instituciones.

En ese sentido repárese en lo caprichoso de la convención de fijar la referencia que ha determinado la edad en que los llamados jurídicamente “menores” adquieren capacidades, de modo de evidenciarse que, tanto la adquisición de las capacidades así como, y consecuentemente, la Minoridad de la persona jurídica se presenta como una construcción, un producto de orden discursivo, es decir una construcción de raigambre ficcional y por lo tanto sin ninguna otra razón que ser consecuencia de discursos entrelazados que tradicionalmente han reflejado concepciones morales, segregacionistas, punitivas, objetalistas, protectivas, etc., respecto de los niños¹⁵.

¹⁵ ver Platt, 1982.

“Desde el reconocimiento de historicidad (...) es posible leer los discursos acerca de la infancia y analizar sus transformaciones, sin vaciarlos de su significación política efectiva. Las divisiones entre las edades son arbitrarias, y las fronteras que las separan son objeto de luchas... Desde esta perspectiva las luchas por la definición de esa arbitrariedad se inscriben en el terreno del discurso” (Carli, 2003:24).

La referencia señala lo azaroso del recorrido en la fijación de la edad, y con ello de la Minoridad, en el sentido de la existencia de “otras escenas” – políticas, ideológicas, confesionales, etc. - que intervienen en su fijación, a las que también se agrega cierta escena “científica”.

Es ilustrativa esta referencia de los modos y paradigmas desde los que históricamente se ha podido, y se puede, pensar la niñez y sus aspectos diferenciales y que han estado presentes en Argentina y América - no alejados del pensamiento europeo - en los últimos cien años.

Los temarios de los distintos Congresos Panamericanos del Niño reflejan un mosaico rico en el reconocimiento de la subjetividad infantil/minoril presentada en los discursos que se sucedieron a lo largo de una centuria, y configuran una puesta histórica y metafórica de todos los sentidos, prefigurados en distintas épocas, que pueden llegar a tener expresión pasada y actual en el tratamiento de la Minoridad, pudiéndose las reconocer en la lectura de los ejes temáticos, acentuación de conceptos, propuestas organizativas, planes de asistencia presentados, etc.¹⁶

La lectura de estos trozos de historia presenta un pasado presente que es necesario no olvidar en la comprensión de nuestra realidad y la de los niños “minorizados”^t

¹⁶ Ver Iglesias, Villagra, Barrios, 1992, p. 389/451.

Referencias bibliográficas

- Borda, G. (1965). Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General. Buenos Aires: Perrot.
- Carli, S. (2003). Pedagogía y Política. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- D'Antonio, D. H. (1994). Derecho de Menores. Buenos Aires: Astrea.
- Degano, J. (1999) El sujeto y la ley y otros temas psicológicos forenses. Rosario: Homo Sapiens.
- Dolto, F. (1993). La causa de los Niños. Barcelona: Paidós.
- Fellini, Z. (1996). Derecho Penal de Menores. Buenos Aires: Ad Hoc.
- González del Solar, J. H. (1995). Delincuencia y derecho de menores. Buenos Aires: Depalma.
- González del Solar, J. (1997) El sujeto del derecho de Menores. Revista Minoridad y Familia. Nº 2.
- Iglesias, S.; Villagra, H. y Barrios, L. (1992) Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño. En AAVV Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Buenos Aires: Galerna/Unicef/Unicri/Ilanud,.
- Kelsen, H. (1993). Teoría pura del Derecho. México: Porrúa,.
- Kozicki, E. (1987). De la dimensión jurídica de la vida. En AAVV. Derecho y Psicoanálisis - Teoría de las ficciones y función dogmática. Buenos Aires: Hachette.
- Legendre, P. (1979). El amor del censor – Ensayo sobre el orden dogmático. Barcelona: Anagrama.
- Legendre, P. (1994) El crimen del Cabo Lortie - tratado sobre el padre. México: Siglo XXI.
- López, H. (1994) Psicoanálisis, un discurso en movimiento - Derivas del descubrimiento freudiano. Buenos Aires: Biblos.
- Marí, E. (1987) La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham. En AAVV. Derecho y Psicoanálisis - Teoría de las ficciones y función dogmática. Buenos Aires: Hachette. Marí, E. (2002). Teoría de las ficciones. Buenos Aires: Eudeba.
- Pitch, T. (2003). Responsabilidades Limitadas - Actores, Conflictos y Justicia Penal. Buenos Aires: Ad Hoc.

Platt, A. (1982) Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia. México: Siglo XXI.

Salvat, R. (1958). Tratado de Derecho Civil Argentino - Cap. V- Parte General. Buenos Aires: Tea.

Código Civil Argentino.

Código Penal Argentino.